قطعة بخانة البيان [illegible]
[illegible]

T. C.
[illegible]
[illegible]
~~444~~ /3

RAĞIP P.
Ka. N.
536

باب الظهار ١	فصل في الكفارة ٧	باب اللعان ١٨	باب العنين ٢٨	باب العدة ٣٣
فصل وعلى المبتوتة الاحداد ٤٧	باب ثبوت النسب ٤٣	باب الولد من احق به ٦٣	فصل اذا ارادت ان تخرج بولدها ٦٨	باب النفقة ٦٤
فصل وعلى الزوج ان يسكنها في دار ٩١	فصل للمطلقة النفقة والسكنى في عدتها ٩٤	فصل ونفقة اولاد الصغار على الاب ٩٧	فصل وعلى الرجل ان ينفق على ابويه ٩٩	فصل وعلى المولى ان ينفق عبده وامته ١٠٤
كتاب العتاق ١٠٦	فصل ومن ذا رحم محرم ١١٦	باب العبد يعتق بعضه ١٢٣	باب عتق احد العبدين ١٣٦	باب الحلف بالعتق ١٤٤
باب العتق على جعل ١٤٧	باب التدبير ١٥٤	باب الاستيلاد ١٥٧	كتاب الايمان ١٧٠	باب ما يكون يمينا وما لا يكون ١٧٥
	فصل في الكفارة ١٨١	باب اليمين في الدخول والسكنى ١٨٧	باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب ١٩١	\

٥٤٢
22

باب الظهار

مناسبة الباب مرت في اول باب الايلاء اعلم ان الظهار لغة قول الرجل لامرته
انت علي كظهر امي وفي الشريعة تشبيه المحللة بالمحرمة على وجه التابيد الام والاخت
والخالة والعمة سواء كانت من نسب او من رضاع او مصاهرة ولو
وجدت النية او لم توجد الظهار قوله انت علي كظهر امي فيقع الظهار به سواء
لانه صريح في الظهار ولذا اذا شبه بعضو شايع او معبر عن جميع البدن كما
في الطلاق وشرط الظهار ان يكون المظاهر مسلما حتى يصح ظهار الذمي
عندنا خلافا للشافعي ومن شرائطه ان تكون المراة محللة بالنكاح لا بملك
اليمين حتى لو ظاهر من امته او مدبرته او ام ولده لا يصح لان حكم الظهار
ثابت بخلاف القياس لكونه منكرا من القول وزورا فاقتصر على مورد

النص قال

النص قال تعالى والذين يظاهرون من نسائهم واهله من كان اهلا للتصرفات
وهو العاقل البالغ وحكمه حرمة الوطء ودواعيه موقتا الى وجود الكفارة
مع بقاء اصل النكاح لقوله عليه السلام للمظاهر المواقع استغفر الله ولا
تعد حتى تكفر **قوله** اذا قال الرجل لامراته انت علي كظهر امي فقد
حرمت عليه لا تحل وطؤها ولا مسها ولا تقبيلها حتى يكفر عن ظهاره وهذه
من مسائل القدوري والاصل في الظهار قوله تعالى والذين يظاهرون
من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم
توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين
من قبل ان يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وسبب نزول
الاية ما روى الواحدي رحمه الله في كتاب اسباب نزول القرآن باسناده
الى عروة قال قالت عائشة رضي الله عنها تبارك الذي وسع سمعه كل شيء اني
لاسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى علي بعضه وهي تشتكي زوجها الى رسول الله
صلى الله عليه وهي تقول يا رسول الله ابلى شبابي ونثرت له بطني حتى اذا كبرت
سني وانقطع ولدي ظاهر مني اللهم اني اشكوا اليك قالت فما برحت حتى نزل جبرائيل
بهذه الاية قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله الاية وقال
في الكشاف هي خولة بنت ثعلبة امراة اوس بن الصامت اخي عبادة بن الصامت
وقال فيه وروي ان النبي صلى الله عليه قال لها حرمت عليه فقالت يا رسول الله ما
ذكر طلاقا وانما هو ابو ولدي واحب الناس الي فقال حرمت عليه فقالت اشكوا
الى الله فاقتي ووجدي كلما قال رسول الله حرمت عليه هتفت وشكت الى الله
فنزلت قال اصحابنا رحمهم الله في المبسوط وغيره ان الظهار كان طلاقا في
الجاهلية فقرر الشرع اصل الظهار ونقل حكمه الى تحريم يرتفع بالكفارة
من غير ان يكون الظهار مزيلا للنكاح كالحيض يحرم به الوطء الى وجود
الطهر من غير ان يزول النكاح **قوله** وهذا لانه جناية اشارة الى نقل حكم

الظهار للتحريم موقت بالكفارة بيانه ان الظهار جناية لان الله تعالى
سماه في آية الظهار منكرا وزورا قال تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا
واراد بالمنكر ما ينكره الحقيقة والشرع وبالزور الكذب والباطل فناسب ان
تجازى بثبوت الحرمة وارتفاع تلك الحرمة بالكفارة زجرا له والضمير في
عليها راجع الى الجناية وفي ارتفاعها الى الحرمة **قوله** ثم الوطء اذا حرم حرم
بدواعيه كيلا يقع فيه والضمير في بدواعيه راجع الى الوطء وكذا في فيه
واراد بالدواعي اللمس والقبلة لانهما داعيان الى الوطء **اعلم** ان الوطء
حرام قبل الكفارة لما نبين في فصل الكفارة ان شاء الله تعالى فلما حرم
الوطء حرم دواعيه ايضا كما في الاحرام والاعتكاف والاستبراء كيلا
يقع في الحرام فمن حام حول الحمى يوشك ان يقع فيه بخلاف الحيض والنفاس
والصوم فان الوطء في هذه الصور حرام ولم تحرم الدواعي والفرق ان الحيض
والنفاس والصوم تقع كثيرا فلو حرم الدواعي افضت الى الحرج وهو منتف بالنص
بخلاف الظهار والاحرام والاعتكاف والاستبراء فانهن يقعن قليلا
ولا يفضي حرمة الدواعي فيها الى الحرج وباقي التقرير مر في باب الاعتكاف
قوله فان وطئها قبل ان يكفر استغفر الله ولا شيء عليه غير الكفارة
الاولى ولا يعاوده حتى يكفر وهذا لفظ القدوري في مختصره واراد بالكفارة
الاولى الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص والضمير البارز في لا
يعاوده راجع الى الوطء وهذا لما روى صاحب السنن باسناده الى عكرمة ان رجلا
ظاهر من امراته ثم واقعها قبل ان يكفر فاتى النبي صلى الله عليه فاخبره
فقال ما حملك على ما صنعت قال رايت بياض ساقيها في القمر قال فاعتزلها
حتى تكفر عن يمينك وروى صاحب الكشاف ان سلمة بن صخر البياضي قال
لرسول الله صلى الله عليه ظاهرت من امراتي ثم ابصرت خلخالها في ليلة
قمراء فواقعتها فقال عليه السلام استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر وجه
الاستدلال

الاستدلال بالحديث ان النبي عليه السلام امره بالاستغفار ولم يامره بالكفارة ٢
الاخرى فلو كانت واجبة لبينها وهذا هو مذهب عامة العلماء مثل سفيان
ومالك والشافعي واحمد واسحق وقال بعضهم اذا واقعها قبل ان يكفر فعليه كفارتان
وهو قول عبد الرحمن بن مهدي كذا اورده ابو عيسى الترمذي في جامعه وقال
ابو بكر الرازي روي نحو قولنا عن الحسن وسعيد بن المسيب وعطاء وابرهيم
وروي عن عمرو بن العاص وسعيد بن جبير ان عليه كفارتين ثم العود الذي
تجب به الكفارة فيه اختلاف قال اصحابنا هو العزم على الجماع فاذا عزم
على وطئها وجبت الكفارة فان بدا له في الوطء سقطت عنه وكانها عندهم
لا تجب وجوبا مستقرا كذا في شرح ابي نصر وقال داود الاصفهاني هو اعادة
لفظ الظهار مرتين كذا في الشامل وقال الشافعي هو امساكها بعد الظهار زمانا ولا
يطلقها حتى لو طلقها موصولا بالظهار فلا كفارة عليه كذا في المختلف وغيره والصحيح
قولنا لان المفهوم من العود في اللغة هو الرجوع الى الامر الاول والجماع كان
مباحا قبل الظهار فصار حراما بعد الظهار فاذا عزم على الجماع عاد الى الامر
الاول فكان العود هو العزم على الجماع يقال عاد اليه وله بمعنى كذا
ذكره الجوهري وما في لما قالوا بمعنى المصدر ويراد بالمصدر المفعول كضرب
الامير ونسج اليمن تسمية للمحل باسم الحال كما في قوله تعالى خذوا زينتكم وحاصل
المعنى ثم يعودون الى نسائهم اي الى مباشرتهن لكن اذا بدا له في الوطء سقطت
الكفارة لانها تجب عندنا غير مستقرة ولهذا تسقط بموتها او موته تحقيقه
ان العود بالعزم ولا استقرار في العزم فلذا الكفارة المبنية عليه قال
ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي ومما يدل على بطلان قول الشافعي ان قوله
يعودون لما قالوا يقتضي ان يكون العود متراخيا عن القول لان ثم في لغة العرب
للتراخي وليست للمقارنة وقوله يقتضي ان يكون العود عقيب الظهار بترك
طلاقها متصلا به وهذا خلاف حكم الاية اذ ليس في قوله وجود عود يكون

بواطيها الحكم الاية بوجه وهذا فاسد من القولين وقوله من جهة الحرمة الفاظا
الاية وثبوت قوله ثم يعودون لما قالوا يقتضي احداث شي يكون به عايدا وترك
الطلاق لا يسمى عودا الى الشي بحال وانما هو بقاء على الحال الاولى فنفا الانسان على
حال كان عليها قبل القول لا يسمى عودا اليه فلم يجز حمل معنى الاية عليه ثم **اعلم**
ان الكفارة لا تجب بالعود وحده بل بالظهار والعود جميعا لان الله تعالى علق
الكفارة بالظهار والعود جميعا **قوله** قال وهذا اللفظ لا يكون الا ظهارا اي
قال صاحب الهداية هذا اللفظ يعني قوله انت علي كظهر امي لا يكون الا ظهارا اي
شي نوى به ان نوى الظهار فظاهر وكذا اذا نوى الطلاق لان الظهار كان طلاقا في
الجاهلية فنسخ الى التحريم موقت بالكفارة فيكون نية الطلاق نية المنسوخ فلا
تصح ولان النية تعيين بعض محتملات اللفظ واللفظ صريح في الظهار فلا يحتمل
غيره فلا يصح نية الطلاق وكذا اذا نوى تحريم اليمين لانه صريح في الظهار وكذا اذا قال
اردت به الخبر عن الماضي كاذبا لا يصدق قضاء **قوله** واذا قال انت علي كبطن امي
او كفخذها او كفرجها فهو مظاهر وهذا اللفظ القدوري وذكر تخصيص ذكر الاعضاء لان الظهار
ليس كذلك من القول وزور وهو انما يكون تشبيه من هي في ذات الحل بالتي هي في
اقصى غايات الحرمة وذلك لا يختلف بالظهر والبطن لاسيما الفرج فان حرمته اشد
ولان الظهار تشبيه المحللة بالمحرمة على التابيد وهذا المعنى يحصل بالتشبيه بكل
عضو لا يجوز النظر اليه كما يحصل بالظهر فيكون مظاهرا بهذه الالفاظ كما يكون بلفظ الظهر
قوله وكذلك اذا شبهها بمن لا يحل له النظر اليها على التابيد من محارمه مثل اخته او
عمته او امه من الرضاعة اي اذا شبه امراته بمن لا يحل للرجل النظر الى هذه
الاشياء الظهر والبطن والفخذ والفرج على التابيد من ساير المحارم كالاخت
ونحوها **اعلم** ان الرجل اذا شبه امراته بمن لا يحل له نكاحها ابدا كان مظاهرا
سواء كانت من جهة النسب او من جهة الرضاع او من جهة المصاهرة كالعمة
والخالة والاخت من نسب او رضاع وكام المراة وامراة الاب لانهن في الحرمة
المؤبدة

المؤبدة كالام وقال الشيخ ابو نصر البغدادي رحمه الله قال الشافعي اذا شبهها ٣
بالام والجدة فهو ظهار وان شبهها بالبنت والاخت ففيه قولان وان شبهها
بمن كانت حلالا له ثم حرمت كام امراته لم يكن مظاهرا قولا واحدا لان الله تعالى
خص الام بالذكر قلنا هذا ضعيف لان الله تعالى علل الظهار بكونه منكرا من
القول وزورا وهذا المعنى يحصل في البنت والاخت وغيرهما ممن تحرم
نكاحها على التابيد وقال في الفتاوى الولوالجي لو شبهها بامراة زنى بها ابوه او
ابنه فهو مظاهر عند ابي يوسف لانها محرمة على التابيد كقوله تعالى ولا تنكحوا
ما نكح اباؤكم وقال محمد لا يكون مظاهرا لان الفقها اختلفوا فيها فاورث
ذلك خفة في الحرمة وعلى هذا الاختلاف لو ان حاكما حكم بجواز نكاحها لم ينفذ
عند ابي يوسف وعند محمد ينفذ وان شبهها بامراة قد فرق الحاكم
بينهما باللعان قال ابو يوسف لا يكون مظاهرا لان موجب اللعان
وان كان الحرمة المؤبدة عنده يسوغ فيه الاجتهاد ولهذا لو حكم حاكم بجواز
نكاحها جاز فلم تكن في معنى الام كذا ذكر شمس الايمة السرخسي رحمه الله وغيره
وقال في الفتاوى الولوالجي ايضا ولو قبل اجنبية بشهوة او نظر الى فرجها
بشهوة ثم شبه زوجته بابنتها لم يكن مظاهرا عند ابي حنيفة ومحمد و
قال ابو يوسف يكون مظاهرا لان الحرمة ثبتت بالنص وهو ما روي عن النبي صلى
الله عليه انه قال من كشف قناع امراة فنظر الى فرجها بشهوة حرمت عليه
امها وابنتها فهما يقولان ان هذا خبر الواحد فلا يوجب العلم بخلاف الوطء
لانه منصوص عليه في الكتاب وقال فيها ايضا ولو شبهها بمن تحل له في حال
نحو اخت المراة او امراة لها زوج او مجوسية او مرتدة لم يكن مظاهرا لان
الحرمة هنا تقبل الزوال وقال الحاكم الجليل الشهيد رحمه الله في الكافي وان قال
لامراته انا منك مظاهر او قد ظاهرت منك او انت مني كظهر امي او انت
عندي كظهر امي او انت معي كظهر امي فهذا كله ظهار وانما ذكرنا هذه المسايل

تكثيرا للفوائد لمن يطالب الزوائد **قوله** وكذلك ان قال انت علي كظهر امي
او فرجك او وجهك او رقبتك او نصفك او ثلثك اي هو مظاهر وهذا لفظ القدوري في
مختصره وذلك لان الفرج والوجه والرقبة يعبر بها عن جميع البدن فيكون
تشبيه هذه الاعضاء من المراة كتشبيه ذات المراة فيكون مظاهرا وكذا اذا
قال بدنك او جسدك علي كظهر امي كان مظاهرا ولو قال يدك او رجلك
او ظهرك او شعرك علي كظهر امي كان باطلا وبه صرح الحاكم الشهيد في الكافي وقال
شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي ولو قال جنبك او ظهرك علي
كظهر امي لم يكن مظاهرا بمنزلة قوله يدك او رجلك لان هذا العضو لا يعبر به عن
جميع البدن عادة واما الجزء الشايع كالنصف والثلث والربع وغيرها اذا
شبهه بظهر الام يكون مظاهرا لان الحكم يثبت في ذلك الجزء ثم يسري الى
ساير البدن لشياع الجزء كما في الطلاق وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان
قال انت علي كظهر امي اليوم فهو مظاهر في ذلك اليوم فاذا مضى بطل الظهار.
قال ابن ابي ليلى هو مظاهر ابدا وكذلك لو قال شهرا او قال حتى يقدم فلان
فهو كما قال ويسقط اذا مضى شهر او قدم فلان وذلك لان حرمة الظهار حرمة
موقتة فيتاقت الظهار بتاقيته **قوله** ولو قال انت علي مثل امي او كامي
يرجع الى نيته وهذه من مسايل مختصر القدوري وتمام معانيه فان قال اردت
الكرامة فهو كما قال وان قال اردت الظهار فهو ظهار وان قال اردت الطلاق
فهو طلاق باين وان لم يكن له نية فليس بشيء قال الشيخ ابو نصر هذا قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف هو ايلاء وقال محمد هو ظهار وهذا الخلاف بينهم اذا
لم يكن له نية اما الرجوع الى النية فلان المثل او الكاف يقتضي التشبيه وذلك
يحتمل الوجوه فلا يزول الابهام الا بالنية ثم اذا قال اردت به الكرامة و
المنزلة فهو كما قال يعني انت عندي في استحقاق الكرامة والمنزلة مثل امي وهذا
لان كلامه يحتمل ذلك واذا قال اردت الظهار كان ظهارا لانه اذا شبهها بظهرها وهو عضو
منها

منها كان ظهارا فلان يكون ظهارا وقد شبهها بجميعها المشتمل على الظهر اولى
واحرى واذا قال اردت الطلاق كان طلاقا باينا لانه يحتمل التشبيه في
الحرمة فكانه قال انت علي حرام ولو نوى الطلاق وان لم يكن له نية فليس
بشيء في قول ابي حنيفة وقال محمد هو ظهار ولم يذكر خلاف ابي يوسف
في الاصل وفي مختصر الكافي وقال مشايخنا في شروح الجامع الصغير عن ابي
يوسف روايتان في رواية كقول محمد وفي رواية كقول ابي حنيفة رضي الله
عنه وقال الامام الزاهد العتابي في شرحه للجامع الصغير وعن ابي يوسف ثلاث
روايات في رواية لا يقع شيء كقول ابي حنيفة رضي الله عنه وفي رواية يكون
ظهارا وفي رواية يكون ايلاء والصحيح قول ابي حنيفة لان اللفظ يحتمل البر
والكرامة وما زاد عليه فهو مشكوك فلا يثبت الا بالنية وجه قول ابي يوسف
ان الايلاء متيقن لكونه ادنى وفيه نظر لان الكرامة ادنى منه واللفظ يحتملها
ووجه قول محمد ان لفظ التشبيه يدل على ارادة الظهار وفيه نظر ايضا لان
الظهار لا يقتضي التشبيه لا محالة ولهذا لو قال ظاهرت منك او قال انا منك مظاهر
صح الظهار مع عدم التشبيه فلما لم يختص الظهار بالتشبيه لم يدل لفظ
التشبيه على ارادة الظهار واما اذا نوى التحريم لا غير بقوله انت علي
مثل امي او كامي فقال الصدر الشهيد رحمه الله في شرحه للجامع الصغير ذكر بعض
المتاخرين في هذا الكتاب اي الجامع الصغير خلافا وقال على قول ابي حنيفة و
ابي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار ثم قال الصدر الشهيد وهذا غلط بل
يكون ظهارا بالاجماع واستدل بما نص عليه الحاكم الشهيد في مختصر
الكافي في قوله انت علي حرام كامي فانه اذا لم ينو شيئا او نوى التحريم يكون
ظهارا قال فاذا ظهرت تلك الرواية في قوله انت علي حرام كامي ولم ينو شيئا
او نوى التحريم انه ظهار عندهم فكذا في قوله انت علي كامي لانه لما نوى التحريم
صار ملحقا بقوله انت علي حرام كامي **قوله** فعند ابي يوسف هو ايلاء

لیكون الثابت ادنى الحرمتين وهذا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد علي ما قاله بعض
المشايخ وقد رده الصدر الشهيد فقال بل هو ظهار بالاجماع وقد مر بيانه
انما اراد بالحرمتين حرمة الايلاء وحرمة الظهار وادناهما حرمة الايلاء
من وجوه احدها ان الحرمة في الايلاء لا يثبت في الحال ما لم تمض اربعة اشهر وفي
الظهار تثبت في الحال والثاني ان الحرمة التي تثبت بالايلاء يمكن دفعها بالفيء
المدة بالوطء وليس كذلك الظهار فانه لا يجوز وطء التي ظاهر منها ما لم يكفر
الثالث ان الظهار منكر من القول وزور وليس كذلك الايلاء لانه يمين مباح
الرابع ان كفارة الظهار اطعام ستين مسكينا وكفارة الايلاء اطعام عشرة
مساكين والصوم في الظهار شهران متتابعان وفي الايلاء ثلاثة ايام متتابعة
فيكون كفارة الظهار اغلظ **والخامس** ان الرجل اذا ظاهر من امراته ثم
طلقها ثلاثا ثم عادت اليه الاولى بعد زوج اخر كان الظهار على حاله لا يقربها حتى
يكفر واذا الى من امراته ابدا ثم طلقها ثلاثا بطل الايلاء حتى اذا عادت اليه بعد
زوج اخر فلم يقربها في اربعة اشهر لا يقع البينونة لكن اذا قربها كفر عن يمينه
فلما كانت حرمة الايلاء ادنى من حرمة الظهار كان المراد ايلاء للتيقن
قوله ولو قال انت علي حرام كامي ونوى طلاقا او ظهارا فهو على ما نوى
وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وفي هذه المسئلة لا يتصور معنى الكرامة
والمنزلة للتصريح بالحرمة لكن يتصور الطلاق والظهار فايهما نوى
صح ذلك لاحتمال كل في المسئلة الاولى وذلك لان قوله انت علي حرام يكون طلاقا
بالنية والتشبيه بالام بقوله كامي تاكيد بالام **اما اذا نوى التحريم**
فهو ظهار وبه صرح الحاكم الجليل الشهيد في الكافي وعلله الصدر الشهيد في شرح
الجامع الصغير وقال لانه ترجح حرمة الظهار لانه ذكر هذه الحرمة مطلقا وانما
ذكرها مشبها بالام وتشبيه المنكوحة بالام سبب لحرمة الظهار لا لحرمة
الايلاء والطلاق فتعين الظهار بدلالة التشبيه واما اذا لم يكن له نية
فقد

٥٠ فقد ذكر بعض المتاخرين في شرح الجامع الصغير خلافا فقال على قول ابي
حنيفة وابي يوسف هو ايلاء ليكون الثابت به ادنى الحرمتين وعلى
قول محمد هو ظهار لمكان التشبيه فقال الصدر الشهيد رحمه الله وهذا
ايضا غلط انتهى لانما نص في مختصر الكافي على انه اذا قال انت على حرام
كامي ولم ينو شيئا يكون ظهارا ولم يذكر شمس الائمة السرخسي ايضا في
شرح الكافي وهو مبسوطه فيما اذا لم يكن له نية خلافا بل قال وان لم
يكن له نية فهو ظهار لان حرمة الظهار دون الطلاق لان الظهار لا يزيل
الملك والطلاق يزيله ولذا قال شمس الائمة البيهقي رحمه الله في الشامل
والولوالجي في فتاواه والعتابي في شرح الجامع الصغير فعلم ان الخلاف
المذكور في الهداية بين ابي يوسف ومحمد فيه نظر **قوله** والوجهان
بينا هما اي وجها قول ابي يوسف وقول محمد واشار بهما الى قوله ليكون
الثابت ادنى الحرمتين والى قوله لان كاف التشبيه يختص به اي بالظهار
قوله ولو قال انت على حرام كظهر امي ونوى الطلاق او ايلاء لم
يكن الا ظهارا عند ابي حنيفة وقالا هو على ما نوى وهذه من مسائل المعادة في
الجامع الصغير وقوله قالا هو على ما نوى لنا فيه كلام لانه يفهم منه انه اذا نوى
ايلاء يكون ايلاء عندهما وليس ذلك كذلك في ظاهر الرواية ولهذا قال
الحاكم الجليل الشهيد رحمه الله في الكافي وان قال انت على حرام كظهر امي
ونوى به الطلاق او التحريم او الظهار فهو ظهار في قول ابي حنيفة وفي
قال ابو يوسف ومحمد اذا اراد بالتحريم الطلاق فهو طلاق الى هنا
لفظ الكافي ولم يتعرض لنية الايلاء على مذهبهما كما ترى وقال شمس الائمة
السرخسي في شرح الكافي وعند ابي يوسف ومحمد ان نوى الظهار او لم
يكن له نية فهو ظهار وان نوى الطلاق فهو طلاق ولم يتعرض لنية الايلاء
ايضا ولهذا لم يذكر فخر الاسلام البزدوي في شرحه للجامع الصغير نية

طلاقا

نية الايلاء أصلاً وكذا الامام الاسبيجابي رحمه الله لم يذكرها في شرح الطحاوي
وكذا شمس الائمة البيهقي لم يذكرها في الشامل وانما ذكر صريح الولوالجي في فتاواه
خلاف ذلك حيث قال وقالا اذا نوى طلاقاً فكان طلاقاً وان نوى التحريم او
الظهار او لم ينو شيئاً كان ظهاراً ولم يقل ان نوى التحريم كان ايلاء وكذا قال
صاحب المختلف ايضاً لانه قال قالا اذا قال لامرأته انت علي حرام كظهر امي ونوى
الطلاق او الظهار او التحريم المطلق فهو ظهار وقالا ان اراد الطلاق فهو
طلاق وكانه قال خلافهما فيما اراد الطلاق اما اذا اراد غيره يكون ظهاراً
بالاتفاق لكن الصدر الشهيد رحمه الله ذكر في شرحه للجامع الصغير كما
في الهداية فقال وعندهما هو على ما نوى لوجود التصريح بلفظة الحرمة انها تحتمل
ما نوى من ذلك وكذا الامام العتابي في شرحه للجامع الصغير حيث قال وعند محمد ان
نوى الطلاق فطلاق وان نوى اليمين يكون ايلاء ولا يكون ظهاراً لان لفظ التحريم يحتمل الطلاق
ويحتمل اليمين ثم قال وعند ابي يوسف ان نوى يميناً يكون ايلاء لما قلنا ولا يكون
ظهاراً والحاصل انه اذا نوى الطلاق يكون ظهاراً عند ابي حنيفة وعندهما يكون طلاقاً
وذكر اصحاب الاملاء عن ابي يوسف انه يكون طلاقاً وظهاراً لانه باعتبار التغليظ
بلفظ التحريم يكون طلاقاً عند النية وباعتبار التصريح بالظهار يكون ظهاراً ام
ولا منافاة لانه اذا طلقها ثم ظاهر او ظاهر ثم طلق صح وجه الظهار
عنهما ان لفظ التحريم يحتمل الطلاق فاذا نوى ذلك صح ويكون قوله كظهر امي
لتأكيد تلك الحرمة ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان اللفظ اعني
قوله كظهر امي صريح في الظهار ولفظ التحريم محتمل والمحتمل ابداً يرد الى المحكم
ولا يعمل نيته شيء اخر كصريح الطلاق اذا نوى به شيئاً اخر لا يعمل نيته فصار كانه
نص على الظهار ونوى به الطلاق ولم يذكر لفظ الحرام وما نوى اصحاب الاملاء عن
ابي يوسف رحمه الله فقد ضعفه شمس الائمة السرخسي رحمه الله فان الطلاق
ان وقع بقوله انت علي حرام كان مشكلاً بلفظ الظهار بعد ما بانت والظهار بعد
البينونة

البينونة لا يصح فان قيل قد وقع الظهار مع الطلاق في اللفظ الواحد لا يحتمل المعنيين
المختلفين وفيه نظر لانا لا نسلم ان اللفظ واحد لما قلنا **قوله** وعلى
قول ابي يوسف رحمه الله [illegible] معاً اي يكون الظهار والطلاق جميعاً لكن هذا
ليس بظاهر الرواية عن ابي يوسف رحمه الله وقد بيناه **قوله** وقد تقدم
في موضعه اي في شرح الكافي **قوله** ثم هو محكم ويرد التحريم اليه اي قوله
كظهر امي محكم في الظهار ويرد التحريم المحتمل لغير الظهار الى المحكم كما هو الاصل
يعني يراد بالتحريم الظهار **قوله** ولا يكون الظهار الا من الزوجة وهذا
لفظ القدوري في مختصره وهي من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في من ظاهر من امته قال لا يكون مظاهراً يعني لا
يحرم عليه وطء الامة بالظهار قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي لا
يكون الرجل مظاهراً من امته ولا من ام ولده ولا من مدبرته عندنا وقال مالك
يصح ظهاره منهن لحصول تشبيه المحللة بالمحرمة ولنا قوله تعالى والذين
يظاهرون من نسائهم والنساء اسم للزوجات والمملوكة لا تسمى زوجة
فلا يصح الظهار منها ولان الحل في الامة تابع ليس بمقصود وانما المقصود ملك
اليمين ولهذا اذا اشترى الامة المجوسية او اخته من الرضاعة صح فلما كان
الحل تابعاً في الامة لم يكن ملحقة بالزوجة لان الحل فيها مقصود ولان الظهار كان
طلاقاً في الجاهلية فنقل حكمه الى تحريم موقت بالكفارة والامة
ليست بمحل للطلاق فلا يكون محلاً للظهار وهذا لم يكن محلاً للايلاء لان الايلاء
طلاق مؤجل والامة ليست بمحل للطلاق يؤيده ما روي عن ابن عباس
رضي الله عنهما انه قال من شاء باهلته عند الحجر الاسود انه لا كفارة في الظهار
عن الامة وكذا لو ظاهر من اجنبية كان باطلاً لعدم معنى الظهار لانه تشبيه
المحرمة بالمحرمة فلم يكن منكراً من القول وزوراً **قوله** فان تزوج امرأة
بغير امرها ثم ظاهر منها ثم اجازت النكاح فالظهار باطل اورد هذه المسألة

بسبيل التفريع لما قبله لانه لما قال لا يكون الظهار الا من الزوجة فرّع هذه المسألة عليه يعني لو ظاهر من امرأة نكاحها موقوف لا يصح ظهاره لانها حين تكلم بهذا من الاجنبية لم يكن زوجته فلم يصح ظهارها والظهار منكرا من القول وزورا الكلام لم يقع منكرا وزورا لانه صادق لا كاذب من حيث تشبيه المحرمة بالمحرمة فلا يكون ظهارا ولا يقال ينبغي ان يتوقف الظهار على اجازة المرأة النكاح كما يتوقف النكاح لان الظهار يبتني على الملك والملك موقوف فينبغي ان يكون ما يبتني على الملك ايضا موقوفا لانا نقول الظهار ليس من حقوق ذلك النكاح فلا يلزم من توقف النكاح توقف الظهار وذلك لان الظهار حرام محض لكونه منكرا من القول وزورا والنكاح امر مشروع فلم يلزم من توقف المشروع توقف المحظور بخلاف ما اذا اعتق المشتري العبد المغصوب من الغاصب ثم اجاز المغصوب منه الشرا نفذ العتق لان الشرا لما توقف على اجازة المغصوب منه توقف العتق ايضا لان الاعتاق من حقوق الملك وهما مشروعان فلزم من توقف الملك توقف الاعتاق وذلك لانه منهي للملك فكان حكما من احكامه فتوقف جميعا **قوله** ومن قال لنسائه انتن علي كظهر امي كان مظاهرا منهن جميعا وهذه من مسائل القدوري **اعلم** ان الرجل اذا ظاهر من اربع نسوة فعليه اربع كفارات نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي وقال الشافعي عليه كفارة واحدة اذا ظاهر منهن بكلمة واحدة وهذا قوله القديم كذا ذكر الشيخ ابو نصر البغدادي رحمه الله و شمس الائمة السرخسي وذكر في المختلف ان عند مالك عليه كفارة واحدة لانه اجاب (يجب) واحدة فلا يوجب اكثر من كفارة واحدة كما اذا قال والله لا اقربكن فوطئهن جميعا في مدة الايلاء ولا يلزمه الا كفارة واحدة ولنا ان الكفارة تجب بالظهار والعود جميعا وعوده في هذه المرأة غير العود في المرأة الاخرى فلما تعدد السبب الموجب تعدد المسبب كما اذا ظاهر من كل واحدة على حدة ولان الظهار يوجب حرمة موقتة بالكفارة فاذا اضاف الظهار اليهن جميعا وجب في حق كل واحدة منهن حرمة

حرمة موقتة بالكفارة فتتعدد الكفارة بحسب تعدد الحرمة كما ان الطلقات الثلث يوجب حرمة موقتة بزوج اخر فاذا اضاف الطلقات الثلث اليهن جميعا يثبت في كل واحدة منهن حرمة موقتة ترتفع بزوج اخر فكذا هنا وهذا معنى قوله كما اذا اضاف الطلاق بخلاف الايلاء فان الكفارة ثمة انما تجب لهتك حرمة اسم الله تعالى ولم يتعدد ذكر الاسم بتعدد النساء فلم يجب الا كفارة واحدة ثم **اعلم** انه اذا ظاهر من امرأة واحدة مرتين او ثلاثا في مجالس مختلفة فعليه لكل ظهار كفارة وكذا ان ظاهر منها في مجلس واحد ثلاث مرات فعليه لكل ظهار كفارة لان تكرار الظهار كتكرار اليمين فكما يتكرر الكفارة في اليمين المتكررة يتكرر في الظهار المتكرر ايضا الا اذا نوى بالظهار الثاني والثالث الاول فحينئذ تجب كفارة واحدة وهذا لان حكم الظهار امر بينه وبين الله تعالى فيصدق بخلاف الطلاق فان قيل لما ثبت بالظهار الاول حرمة موقتة فمن اين يتكرر الحرمة بتكرار الظهار قلنا بالظهار الاول ثبتت الحرمة الموقتة مع بقاء ملك الحل فصح الظهار الثاني والثالث ولا منافاة في اجتماع اسباب الحرمة كالخمر فهو حرام على الصائم لعينه ولصومه وليمينه اذا حلف لا يشربها **قوله** فتتعدد بتعددها اي تتعدد الكفارة بتعدد الحرمة **قوله** ولم يتعدد ذكر الاسم اراد به قوله والله وانما يتعدد لانه قاله مرة واحدة

فصل

في الكفارة لما كانت الحرمة في باب الظهار حرمة موقتة الى وجود المنهي وهو الكفارة شرع في هذا الفصل لبيان ذلك **قوله** قال وكفارة الظهار عتق رقبة فان لم يجد فصيام شهرين متتابعين فان لم يستطع فاطعام ستين مسكينا اي قال القدوري في مختصره **اعلم** ان الكفارة الظهار مشروعة على الترتيب دون التخيير لان الله تعالى ذكرها بحرف الفاء وهي للترتيب الاعتاق عند القدرة عليه ثم صيام شهرين متتابعين عند العجز عن الاعتاق ثم الاطعام ستين مسكينا عند العجز عن الصوم والاصل فيه قوله تعالى والذين يظاهرون

من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا ذلكم توعظون به
والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا فمن
لم يستطع فاطعام ستين مسكينا والمراد من عتق الرقبة اعتاق الرقبة
لانه اذا ورث اباه ونوى به الكفارة لم يجز وقد نص عليه الحاكم الشهيد
في الكافي وذلك لان الميراث يدخل في ملكه بلا صنع منه فيعتق عليه بلا صنع
منه ايضا والكفارة شرط فيها التحرير وهو صنع منه ولم يوجد **قوله** قال
كل ذلك قبل المسيس اي قال القدوري في مختصره يعني ان الكفارة يشترط ان
تقع قبل الوطء سواء كانت بالاعتاق او الصيام او الاطعام اما في الاعتاق
والصيام فظاهر لان الله تعالى قال فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا وقال تعالى
فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا واما الاطعام وان لم
يشترط فيه التقدم على المسيس ففيه وجهان احدهما ان الكفارة في باب الظهار
شرعت منهية للحرمة الثابتة بالظهار والعود جميعا فلو حل الوطء قبل الكفارة
بالاطعام لم يكن المنهي منهيا لان الحل حينئذ يحصل قبل وجود المنهي وهو فاسد و
الثاني انه يمكن ان يقدر على الاعتاق او الصيام في خلال الاطعام فحينئذ يعود الحكم
الى الاصل لان القدرة على الاصل قبل حصول المقصود بالخلف يبطل حكم الخلف
فلو قلنا بجواز الوطء قبل الاطعام ربما يقع الوطء قبل الاعتاق والصيام
بان قدر على ذلك وهو خلاف النص فلا يجوز فلم يجز الوطء قبل الاطعام اصلا
احتياطا لان الباب باب الحرمة يؤيده قوله عليه السلام استغفر الله ولا تعد
حتى تكفر بيانه ان النبي صلى الله عليه امر الواطي بالاستغفار وذلك يقتضي سابقة
الذنب وهو لا يكون الا بارتكاب الحرام فعلم ان الوطء حرام قبل الكفارة مطلقا
ونهى ايضا عن العود الى الوطء الى غاية التكفير مطلقا ولم يقيد بكفارة دون
كفارة فعلم ان الوطء حرام قبل الاطعام ايضا ثم ان وطيها قبل ان يكفر فلا شي عليه
بالوطء الا الاستغفار وقد مر بيان ذلك قبل هذا الفصل **قوله** قال ويجزي
في

في العتق الرقبة الكافرة والمسلمة والانثى والذكر والصغير والكبير اي قال القدوري
في مختصره وذلك لقوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان يتماسا بيانه ان اسم
الرقبة مطلق وليس فيه تقييد بصفة دون صفة فيجوز الكل ولا خلاف في هذا
المجموع الا في الرقبة الكافرة فانها تجزي عندنا عن كفارة الظهار والافطار
واليمين خلافا للشافعي فانها لا تجزي عنده وعلى هذا الخلاف اذا نذر ان يعتق
رقبة فاعتق رقبة كافرة كذا ذكر الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقول
احمد كقول الشافعي لنا ان المنصوص في الاية اسم الرقبة وهو مطلق لان المطلق
عبارة عن المتعرض للذات دون الصفات وهو كذلك لانه ليس فيها
ينبئ عن الايمان والكفر لان الرقبة اسم للمملوك كذا قاله الجوهري في الصحاح
فلا يجوز تقييده بالايمان بخبر الواحد لانه زيادة على النص وهي نسخ فلا يجوز
نسخ الكتاب ولا يجوز تقييده بالقياس على كفارة القتل ايضا لانه قياس
المنصوص على المنصوص فلا يجوز ذلك للزوم اعتقاد النقص فيما تولى الله بيانه فان
قلت جاء في حديث ابي هريرة رضي الله عنه ان رجلا جاء الى رسول الله صلى
الله عليه برقبة سوداء وقال ان علي عتق رقبة اتجزي هذه فامتحنها رسول
الله بالايمان فوجدها مؤمنة فقال اعتقها فانها مؤمنة فتعليل رسول الله بالايمان
يدل على اشتراط الايمان في الكفارة قلت الصحيح من الرواية في السنن
عن ابي هريرة ان رجلا اتى النبي صلى الله عليه بجارية سوداء فقال يا رسول الله ان علي
رقبة مؤمنة فقال لها اين الله فاشارت الى السماء باصبعها فقال لها من انا فاشارت
الى النبي صلى الله عليه والى السماء يعني انت رسول الله قال عليه السلام اعتقها
فانها مؤمنة بيانه ان الرجل قال ان علي رقبة مؤمنة فاشترط النبي عليه
السلام الايمان لذلك وليس كلامنا فيه لان كلامنا في الرقبة المطلقة ولان العلماء طعنوا
في الحديث لان النبي صلى الله عليه قال اين الله فاشارت الى السماء ولا يعتقد رسول
الله انه يطلب من احد ان يثبت لله تعالى جهة ولا مكانا ولئن صح الحديث

مؤمنة على كفارة القتل بدلالة قوله أن على رقبة مؤمنة فإن قلت
الكفارات كلها جنس واحد وفي بعضها ورد التحرير برقبة مطلقة عن
قيد الإيمان كما في كفارة الظهار واليمين وفي بعضها ورد برقبة مقيدة بالإيمان
في كفارة القتل فيحمل المطلق على المقيد إذا ورد في حادثة واحدة كما حمل قوله عليه السلام
في خمس من الإبل شاة على التقييد قوله عليه السلام في خمس من الإبل السائمة شاة حتى
شرطت الإسامة وكذا أطلق تعالى الشهادة عن قيد العدالة في موضع وقيدها
في موضع آخر ثم حمل المطلق على المقيد بالإجماع قلت لا نسلم أن المطلق
يحمل على المقيد عندنا بل لا يحمل ذلك علينا أبدا إلا إذا تعذر الجمع بينهما بأن ورد كما
في قوله تعالى فصيام ثلثة أيام على القراءة المشهورة العامة وقوله تعالى على قراءة ابن
مسعود فصيام ثلاثة أيام متتابعات في حكم واحد في حادثة يحمل للضرورة ولم
يعكس لأن في المقيد كثرة ثواب لعسره وهنا فيما نحن فيه يمكن الجمع بينهما فلا
يحمل أحدهما على الآخر واشتراط الإسامة في باب الزكوة ليس من أجل حمل المطلق
على المقيد بل لقوله عليه السلام ليس في العوامل شيء وكذا اشتراط العدالة ليس
من باب حمل المطلق بل هو لقوله تعالى إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أي توقفوا امتناع
جواز العمياء والشلاء لا يرد علينا لأنها هالكة من وجه فلا يكون رقبة مطلقة
فلا يتناولها النص فإن قلت الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها إلى عدو الله
تعالى وهو الكافر كالزكوة لا يجوز صرفها إلى الكافر بيانه أن المأمور به تحرير
موحسنة من وجه وهذا التكفير سيئة من وجه لكونه إعانة على المعصية
لأنه يفرغ بعد العتق لعبادة الأوثان وارتكاب المعاصي قلت المأمور به
تحرير رقبة مطلقة وقد أتى بها فجاز بخلاف صرف الزكوة إلى الكافر حيث
لم يجز لأن الشرع أخرجه من أن يكون محلا للزكوة بقوله عليه السلام خذها
من أغنيائهم وردها في فقرائهم ولا نسلم أن تحرير الكافر سيئة من وجه
بل حسنة من كل وجه لأنه تخليص العبد عن الرق وفيه تمكينه من الطاعات

وإقامته

وإقامته الفرائض والغالب أنه يفعل ذلك لأن مولاه أحسن إليه وجزاء الإحسان
إحسان ولو لم يفعل العبد ذلك فهو من سوء اختياره فلا يضاف ذلك إلى مولاه وقولهم
إنه إعانة على المعصية فلا نسلم ذلك لأن المسلم لا يفعلها ولا يقصدها وإن قارن
ذلك في ضمن الإعتاق قلنا ضمنيات الشيء لا تعلل وأيضا لا يلزم من تمكن
الفعل وجود الفعل بل وجوده بفعل اختياري من العبد فلا يضاف فعل المعصية إلى
المولى وباقي البحث في حمل المطلق والمقيد يعرف في كتابنا الموسوم بالتبيين
قوله فلا تجوز صرفها أي صرف الكفارة وفي بعض النسخ صرفه أي
صرف حق الله تعالى قوله وقد تحقق أي تحقق إعتاق الرقبة قوله
التمكن من الطاعة أي القدرة على الطاعة **قوله** ثم مقارنته المعصية حال
بعد الإسلام اختياره أي كسب العبد المعصية يضاف إلى سوء اختيار العبد في
ذكر الضمير الراجع من به إلى المقارنة على تأويل الاقتران والكسب لأن المقارنة بمعنى
الاقتران وهو كسب السيئة **قوله** ولا يجزي العمياء والمقطوعة اليدين
أو الرجلين وهذه من مسائل القدوري والمراد من العمياء الرقبة العمياء
وهي تشمل الذكر والأنثى جميعا لا الأمة العمياء لأن عدم الجواز لا باعتبار
الأنوثة بل باعتبار فوات جنس المنفعة فإنه فائت في هذه الصورة البصر في
العمياء والبطش في المقطوعة اليدين والمشي في المقطوعة الرجلين فلم
يجز عن الكفارة كالميت بخلاف ما إذا اختل جنس المنفعة كالعوراء
والمقطوعة إحدى اليدين مع إحدى الرجلين من خلاف حيث تجوز
ذلك لبقاء جنس المنفعة لأن منفعة البطش والمشي قائمة بخلاف ما إذا قطعتا
من جانب واحد حيث لا تجوز لفوات جنس المنفعة لتعذر المشي وقال الحاكم الجليل
الشهيد في الكافي ولا تجزي الأعمى والمقعد ولا مقطوع اليدين ولا الرجلين ولا أشلهما
ولا الأخرس ولا المعتوه المغلوب وتجزي الأصم والخصي والمقطوع الأذنين
والمقطوع الأذنين والمقطوع المذاكير لأن منفعة النسل زائدة على ما يطلب

من المماليك وتجزي الذي يجن ويفيق والاقطع احدى اليدين واحدى
الرجلين اذا لم يكونا من جانب واحد فان كان القطع من جانب واحد لم تجز وان كان
الذاهب من كل يد ثلاث اصابع مقطوعة لم تجز وان كان من كل يد اصبع
سوى الابهام اجزا ولا يجزي المفلوج اليابس الشق **قوله** ويجوز الاصم
وهذه من مسائل القدوري قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في المبسوط
القياس لا يجزي وهو رواية النوادر لفوات جنس المنفعة وهو السمع وجه
ظاهر الرواية وهو جواب الاستحسان ان الاصم اذا صيح في اذنه بسبيل المبالغة
يسمع فلم يكن جنس المنفعة فائتا ورواية النوادر محمولة على الصمم الاصلي
وقال في الشامل ويجزي الاصم ثم قال قالوا الا ان الاصم لا يؤثر في الكسب تاثيرا
فاحشا ثم قال وقيل الصمم باصل الخليقة يمنع التكفير وقال في الفتاوى الو
الولوالجي ويجوز الاصم عن كفارة الظهار اذا كان يسمع شيا وان كان لا يسمع
شيا لا يجوز هو المختار لانه في الوجه الاول بمنزلة العور حتى عدم فوات
جنس المنفعة وفي الوجه الثاني بمنزلة العمى حتى فوات جنس المنفعة
ثم قال هكذا ذكره بعض المشايخ **قوله** وهو الاخرس اي الذي ولد اصم
هو الاخرس وهو الذي لا يتكلم لا لآفة في لسانه **قوله** ولا يجوز مقطوع ابهامي
اليدين هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان البطش يحصل بالابهام فاذا فات
الابهامان جميعا يفوت البطش فلا تجزي عن الكفارة لفوات جنس المنفعة
قال في الاجناس تجوز مقطوع الانف ومقطوع الشفتين اذا كان يقدر على الاكل ولا
يجوز ساقط الاسنان كلها وتجوز ذاهب الحاجبين وشعر اللحية والراس
ونقله عن نوادر ابن شجاع وقال في شرح الطحاوي تجوز الاعشى والعنين
والخصي والامة الرتقاء والتي بها قرن يمنع الجماع **قوله** ولا يجوز المجنون الذي
لا يعقل وهذه من مسائل القدوري وانما لم تجز لان جنس منفعة العقل
معدومة فصار كالميت بخلاف الذي يجن ويفيق فانه يجوز عن الكفارة لان
جنس

جنس المنفعة باق لان العقل يستتر تارة ويظهر اخرى غاية ما في الباب انه
اختل وذلك لا ينافي **قوله** ولا يجزي عتق المدبر وام الولد وهي من مسائل القدوري
وذلك لان المامور تحرير رقبة مطلقا وتحريرهما ليس بتحرير مطلق لاستحقاقهما
العتق بالتدبير والاستيلاد فلم يجزيا عن الكفارة ولانهما استحقا العتق
بالتدبير والاستيلاد ولهذا لا يجوز فسخهما لم يكن اعتاقهما انشاء العتق من كل
وجه فلم تجز عن الكفارة وكذا المكاتب الذي ادى بعض المال لا يجوز عن الكفارة
في ظاهر الرواية لانه اعتاق بعوض والعوض يبطل معنى القربة بخلاف ما اذا لم
يؤد شيئا وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في مبسوطه وعن الحسن عن ابي
حنيفة انه يجوز لان رقه لم ينتقص بما ادى من البدل ولهذا احتمل عقد الكتابة الفسخ
بعد استيفاء بعض البدل كما احتمل قبله **قوله** فان اعتق مكاتبا لم يؤد شيئا جاز
وهذه من مسائل القدوري قال في المبسوط اذا اعتق المكاتب قبل ان يؤدي
شيئا جاز عن الكفارة استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر والشافعي
رحمهما ووجه قول زفر ان استحقاق العتق بالكتابة فوق الاستحقاق بالتدبير
والاستيلاد بدليل ان المكاتب احق بمكاسبه واولاده دون المدبر وام الولد
ثم التدبير والاستيلاد يمنعان العتق عن الكفارة فالكتابة اولى ولانه اعتاق
صورة براءة عن بدل الكتابة معنى ولهذا يسلم له الاكساب والاولاد فلو كانت
الكتابة منفسخة لم تسلم فلا تجزي عن الكفارة لانه اعتاق بجهة الكتابة
ولنا ان المامور به في الاية تحرير رقبة والتحرير عبارة عن تصيير الشخص
المرقوق حرا والرق كامل في المكاتب فيجزي تحريره عن الكفارة لحصول
الامتثال بالامر بيانه ان عقد الكتابة لا يتمكن به نقصان في الرق الا ترى الى
ما روي في السنن مسندا الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم فعلم ان الرق فيه
كامل قبل اداء بدل الكتابة فيدخل تحت مطلق اسم الرقبة والواجب عليه ذلك

فيجزي عن الكفارة ولان حكم العتق يتعلق بشرط اداء بدل الكتابة والتعليق
بسائر الشروط لا يمنع صحة التكفير قبل وجود الشرط فهذا الشرط اولى لانه قابل للفسخ
وسائر الشروط لا يقبل الفسخ ولهذا لو تفاسخا او عجز المكاتب نفسه ينفسخ الكتابة
ولو انتقض الرق بالكتابة لم تنفسخ ولم يعد المكاتب الى الحالة الاولى فلان
الثابت بالكتابة انفكاك الحجر عن العبد في حق المكاسب كالاذن بالتجارة ثم
الماذون يجزي اعتاقه عن الكفارة لعدم تمكن النقصان في رقه فكذا المكاتب
لهذا المعنى الا ان المولى يستبد بعزل الماذون ولا يستبد بفسخ الكتابة لان عقد
الكتابة بعوض فكان لازما في حق المولى وذاك بغير عوض فلم يكن لازما فان قلت
اذا لم يكن المولى مستبدا بفسخ الكتابة وهنا لم يوجد الرضا من المكاتب
بالفسخ لم تجز اعتاقه عن الكفارة لان العتق بجهة الكتابة لا يتادى به
الكفارة قلت لا نسلم انه لم يوجد منه الرضا لمن ادعى ذلك فعليه البيان
على انا نقول اذا كان المكاتب راضيا بعتقه ببدل فاولى ان يكون راضيا
بعتقه بغير بدل لان غرضه حصول العتق له فان قلت الرضا بالعتق بالبدل
لا يدل على الرضا بغير البدل لان في الاول يسلم له الاكساب والاولاد
وفي الثاني لا قلت فيما نحن فيه يسلم له الاكساب والاولاد ايضا لان
فسخ الكتابة ثبت ضرورة مقتضى صحة التكفير والثابت بالضرورة
يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر اثر الفسخ في حق الاكساب والاولاد فبطل
الفرق بين اعتاقه ببدل او غير بدل ولان العتق في حق المكاتب بجهة الكتا
لانه ما رضي الا ان يكون اكسابه واولاده له خاصة وفي حق المولى بجهة
التكفير لانه قصد ذلك **قوله** فاشبه المدبر هذا الزام من الشافعي على
اصحابنا علما اجابوا يعني ان المدبر لا يجوز اعتاقه عن الكفارة عندكم
لانكم قلتم انه مستحق العتق بجهة فينبغي ان لا يجوز اعتاق المكاتب
ايضا لانه مستحق العتق بجهة وهو باطل لانه ينفسخ وذاك لا **قوله** على ما بينا
اشارة

اشارة الى قوله ولهذا تقبل الكتابة الانفساخ **قوله** والكتابة لا تنافيه
الضمير راجع الى الرق يعني لا يلزم من وجود الكتابة ارتفاع الرق
لعدم المنافاة فيكون الرق قائما فيكون اعتاق المكاتب تحريرا
مبتدأ لا اعتاقا بجهة الكتابة فيجزي عن الكفارة **قوله** فانه فك
الحجر اي ان عقد الكتابة فك الحجر عن العبد في حق المكاسب كالاذن وهو
تعليل لعدم المنافاة بين الكتابة والرق با عرفه **قوله** ولو كان مانعا ينفسخ
مقتضى الاعتاق اي لو كان عقد الكتابة مانعا وقوع الاعتاق عن الكفارة
لان العتق بجهة الكتابة لا يتادى به الكفارة ينفسخ عقد الكتابة ضرورة
صحة الاعتاق بطريق الاقتضاء لان اعتاق المكاتب صحيح بالاتفاق
ولا يصح اعتاقه مع بقاء الكتابة فلا بد من انفساخ الكتابة لضرورة صحة
الاعتاق فيقع التحرير مجزيا عن الكفارة لارتفاع المانع وهو وجود الكتابة
قوله اذ هو محتمله تعليل لقوله ينفسخ اي عقد الكتابة محتمل الفسخ
قوله وان اشترى اباه او ابنه ينوي بالشرا الكفارة جاز عنها وهذه
من مسائل القدوري قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي
اجزاه استحسانا في قول علمائنا الثلثة وفي القياس لا تجزي وهو قول
ابي حنيفة الاول وزفر والشافعي رحمهم الله وكذلك ان وهب له او اوصي
له به كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي وقال في شرح الطحاوي ولو دخل في ملكه
ذو رحم محرم بلا صنع منه كما اذا دخل في ملكه بالميراث فانه لا يجوز عن كفارته
بالاجماع ولو دخل في ملكه بصنعه ان نوى عن كفارته وقت وجود الصنع تجزيه
عن كفارته عندنا وعند الشافعي لا تجزيه عن كفارته ولو قال ان دخلت الدار
فانت حر يعتق ولا يجوز اذا نوى عن كفارته وقت دخول الدار الا اذا
نوى عن كفارته وقت اليمين فحينئذ يجوز وجه القياس ان عتقه
مستحق بسبب سابق وهو القرابة فلا تجزي عن الكفارة كما اذا اشترى

المحلوف بعتقه ناويًا عن الكفارة [illegible] انما ان المامور به في الاية تحرير
رقبة فقد حصل فيجزيه عن الكفارة وهذا لان شرا القريب اعتاق
لقوله عليه السلام لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه
فيعتقه اي بالشراء اي كقولهم اطعمه فاشبعه والباقي يعلم في كتاب
الايمان ان شاء الله تعالى **قوله** والمسئلة تاتيك في كتاب الايمان اي في
باب اليمين في العتق والطلاق **قوله** فان اعتق نصف عبد مشترك
وهو موسر فضمن قيمة باقيه فاعتقه لم يجزه عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وعندهما يجوز وهذه من مسائل القدوري وانما قيد بكونه موسرا
لانه اذا كان معسرا تجب عليه السعاية فلا تجزي عن الكفارة عندهما
ايضا لانه اعتاق بعوض والمسئلة مبنية على ان الاعتاق يتجزى
عند ابي حنيفة رح خلافا لصاحبيه لهما ان الاعتاق لما لم يكن متجزيا عندهما
كان الشريك المعتق للنصف معتقا للجميع فضمن النصف لشريكه فجاز عن
الكفارة لانه حصل اعتاق رقبة كاملة بخلاف ما اذا كان المعتق معسرا
حيث لا تجزيه بالاتفاق لانه اعتاق بعوض لوجوب السعاية على العبد
ولابي حنيفة رح ان الاعتاق لما كان متجزيا دخل النقصان في نصيب الشريك بالاستحقاق
الحرية ولتعذر التصرف فيه بالتمليك والاستخدام ثم اذا ملكه بالضمان فاعتقه
لم يجزه عن الكفارة لانه اعتق رقبة ناقصة لان النقصان حين وقع لم يكن في
ملكه فلم يكن نقصا في اعتقه عن الكفارة لانه لا يملك اعتاق ملك الغير عن
كفارة نفسه **قوله** على ملكه اي ملك صاحبه وقال الشافعي اذا اعتق
نصيبه فنوى عند الايقاع ان يكون العتق الموقع وما يسري اليه عن
كفارته اجزاه اما حال اليسار فلان العتق لا يتجزى عنده فيكون معتقا للجميع
واما حال الاعسار فلانه لا ينتقض نصيب شريكه لانه تجوز تصرفه فيه
بالبيع فاذا ملكه المعتق فاعتقه جاز والجواب انه اذا جاز تصرفه
بالبيع

بالبيع يلزم الجمع بين النقيضين وهو محال بقي الثالثة يلزم حينئذ ان يكون
العبد بعضه صالحا للولايات وبعضه لا **قوله** اذا اعتق نصف عبده
عن كفارته ثم اعتق باقيه عنها جاز وهذه من مسائل القدوري وهذا
الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجزيه عند ابي حنيفة رح كما في العبد
المشترك لوجود النقصان في النصف الاخر وجه الاستحسان ان النقصان
الواقع في النصف الاخر حصل في ملكه فكان نقصا في اعتقه عن الكفارة
فانصرف اليها ثم اذا اكمل الاعتاق تابع باعتاق النصف الاخر جاز عن
الكفارة فصار كانه اعتق في المرة الاولى نصفا وشيئا ثم في المرة الثانية
اعتق الباقي ونظير هذا الاستحسان من اضجع اضحيته ليذبحها فاصاب
السكين عينها لا يمنع جواز التضحية لان النقصان حصل من فعل التضحية
كما حصل هنا من فعل الكفارة بخلاف النقصان في العبد المشترك لانه وقع
في ملك الشريك **قوله** وان اعتق نصف عبده عن كفارته ثم جامع التي
ظاهر منها ثم اعتق باقيه لم يجز عند ابي حنيفة رح وهذه من مسائل القدوري
وذلك لان الاعتاق عنده يتجزى فاذا جامعها قبل اعتاق النصف ثم اعتق
ذلك النصف لا يكون اعتاق الرقبة قبل المسيس فلا تجزي عن الكفارة لان
الله تعالى شرط في الاعتاق ان يكون قبل المسيس قال تعالى فتحرير رقبة
من قبل ان يتماسا وعندهما تجزي ذلك لان الاعتاق عندهما لا يتجزى فكان
اعتاق النصف اعتاق الجميع فوقع الاعتاق قبل المسيس لا محالة فان قلت لما
كان الشرط في الاعتاق ان يقع قبل المسيس ينبغي ان لا يصح اعتاق رقبة
اخرى بعد هذا المسيس قلت دل قوله تعالى فتحرير رقبة من قبل ان
يتماسا على تقديم الاعتاق والاخلاء عن المسيس لان في التقديم الخلو لا محالة
فالمقدر بعد ذلك المسيس وان كان عاجزا عن تقديم الاعتاق فادر على الاخلاء
عن المسيس باستيناف اعتاق رقبة اخرى فكان مما قدر عليه فجاز عن

الكفارة نظيره اذا جامعها في خلال الشهرين فوجب علينا استيناف الصوم
قوله واذا لم يجد المظاهر ما يعتق فكفارته صوم شهرين متتابعين
ليس فيهما شهر رمضان ولا يوم الفطر ولا يوم النحر ولا ايام التشريق وهذه
مسئلة القدوري ايضا اما شرط التتابع فلقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين
متتابعين من قبل ان يتماسا واما عدم اجزاء صوم رمضان عن الكفارة
فلان الصوم الواقع فيه وقع عن فرض رمضان فلا يقع عن فرض اخر
الا اذا كان مسافرا فصام شعبان ورمضان بنية الكفارة اجزاه عند ابي
حنيفة خلافا لهما لما عرف فان قلت كيف جاز صوم رمضان
عنه وعن صوم الاعتكاف اذا نذر ان يعتكف فيه فصامه معتكفا فلم
قلت الصوم في باب الاعتكاف شرط الاعتكاف فيشترط
وجود الشرط كيف كان لا قصدا بخلاف الصوم في الكفارة فانه
فرض مقصود يعتبر وجوده قصدا واما الايام المذكورة فصومها ناقص
لورود النهي عن صومها والواجب بالكفارة صوم كامل فلا يخرج عن عهدته
بالناقص قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي ولو افطر يوما
لعذر من مرض او سفر فانه يستقبل الصيام وكذلك لو جاء يوم الفطر
ويوم النحر او ايام التشريق فانه يستقبل الصوم ولو صام هذه الايام ولم
يفطر فكذلك ايضا يستقبل ولو كانت امراة فصامت كفارة الافطار في شهر
رمضان او كفارة القتل فحاضت في خلال ذلك فانها لا تستقبل الصيام ولكن
تصوم بعد الحيض لانها معذورة لا تجد شهرين متتابعين لا حيض فيهما ولو
نفست استقبلت ولو افطرت يوما بعد الحيض فانها تستقبل الصيام ولو
كانت تصوم عن كفارة يمينها فحاضت في خلال ذلك فانها تستقبل لانها
تجد صيام ثلاثة ايام لا حيض فيها **قوله** فان جامع التي ظاهر منها في
خلال الشهرين ليلا عامدا او نهارا ناسيا استانف الصوم عند ابي حنيفة
ومحمد

ومحمد رضي الله عنهما وقال ابو يوسف لا يستانف وهذه من مسائل
القدوري اعلم انه انما قيد بجماع التي ظاهر منها لانه اذا جامع غير التي
ظاهر منها فان كان وطيها يفسد الصوم يقطع التتابع ويلزمه الاستيناف
بالاتفاق وان لم يفسد الصوم بان وقع بالنهار ناسيا او بالليل كيف كان
لا يلزمه الاستيناف بالاتفاق وانما قيد بجماع التي ظاهر منها بالنهار
ناسيا لانه اذا جامع بالنهار عامدا يستانف بالاتفاق وذكر العمد في الليل
اتفاق لان العمد والنسيان في الوطء بالليل سواء فعرفنا ان الاختلاف في
وطء لا يفسد الصوم وذكر في شرح الاقطع قول الشافعي مثل قول ابي يوسف ووجه
قول ابي يوسف انه وطء لا يفسد به الصوم فلا ينقطع به التتابع فصار كوطء غيرها
وتقديم الصوم على الوطء وان كان شرطا بالنص يلزم على ما قلتم تاخير الكل
عن الوطء اعني في الاستيناف وفيما قلت بعض الصيام متقدم على
الوطء فكان اولى ولهما قوله تعالى فصيام شهرين متتابعين من قبل ان
يتماسا بيانه ان الاية اقتضت صوم شهرين متتابعين لا مسيس فيهما
مطلقا سواء كان عامدا او ناسيا فاذا وجد الجماع في خلالهما فات الصوم
المامور به فلم يجز عن الكفارة وشرط تقديم الصوم على الوطء يقتضي خلو
الصوم عن الوطء لان في التقديم خلوا لا محالة والا لا يكون المتقدم
متقدما وهو فاسد ونحن بعد الوطء في خلال الشهرين فان لم نكن قادرا
على تقديم الصوم على الوطء قادر على اخلائه عن الوطء فنكلف بالاخلاء
وفيما قال ابو يوسف يلزم ترك التقديم والاخلاء جميعا فكان ما قلناه
اولى وقياسه على وطء غيرها ضعيف لانه تعالى قيد بتماس المظاهر التي ظاهر
منها لا بتماس غيرها قال الله تعالى من قبل ان يتماسا فاعرفه قال في شرح
الطحاوي ولو صام شهرين متتابعين ثم قدر على الاعتاق قبل غروب
الشمس من اخر يوم وجب عليه العتق ويكون صومه تطوعا لان الله تعالى

قال فقد لم تجب وهو الحق **قوله** لا يفسد به الصوم اي بالجماع ليلا كان او نهارا
ناسيا **قوله** وهو التتابع الضمير راجع الى التتابع **قوله** وفيما قلتم
اي في الاستيناف عند انا عن المسيس **قوله** وهذا الشرط ينعدم به اي
شرط الخلو ينعدم بالمسيس خلال الشهرين **قوله** وان افطر منها يوما
بعذر او بغير عذر استانف لو هذا لفظ القدوري في مختصره وقال
الشافعي في احد قوليه لا يستانف كذا في شرح الاقطع وهو مذهب مالك في
الموطا لانه في الافطار بالمرض وقوي على الصيام يبني على ما مضى وجه
قولهما انه افطر بما لا ينسب فيه الى التفريط فصار كالافطار بالحيض ولنا
انه بالافطار يكف كان فقد قطع التتابع وهو مشروط بالنص فيستانف بخلاف
الافطار بالحيض لانها لا تقدر على صوم شهرين ليس فيهما حيض فلو اشترط
التتابع لزم الحرج وهو منتف بالنص لهذا يقطع الحيض التتابع في
كفارة اليمين لانه لا يلزم الحرج لانها تقدر على صوم ثلثة ايام ليس فيها
حيض بخلاف كفارة الافطار وكفارة القتل فافهم **قوله** وان ظاهر
العبد لم تجزه في الكفارة الا الصوم هذه من مسائل القدوري وذلك لان الاعتاق
والصدقة لا يصحان الا بعد الملك ولا يملك العبد فان يملك لوجود التنافي بين
الرق والملك فتعين كفارته بالصيام كالفقير **قال** وان اعتق المولى او
اطعم عنه لم يجزه وذلك لما قلنا من التنافي وهذا بخلاف الفقير اذا قال
لغيره اطعم عني في الكفارة او قال اعتق عني فانه يجوز لان الفقير اهل التملك
فيصير الفقير الاخر قابضا للمكفر فالمأمور قام مقامه لنفسه والعبد ليس باهل
للتملك فافترقا **قوله** فلا يصير مالكا بتمليكه اي لا يصير العبد مالكا بتمليك
المولى والضمير في بتمليكه راجع الى المولى على تقدير حذف المفعول وهو
العبد وراجع الى العبد على تقدير حذف الفاعل وهو المولى **قوله** واذا لم
يستطع المظاهر الصيام اطعم ستين مسكينا وهذه مسئلة القدوري
قال يطعم

قال يطعم كل مسكين نصف صاع من بر او صاعا من تمر او شعير او قيمة ذلك
اعلم ان وجوب الاطعام اذا عجز عن الصيام لقوله تعالى فمن لم يستطع
فاطعام ستين مسكينا ثم اعلم ان الاطعام تجوز بطريق التمليك و
الاباحة جميعا اما التمليك فهو ان تعطي ستين مسكينا كل مسكين
نصف صاع من حنطة او دقيقها او سويقها او صاعا من تمر او صاعا من
شعير او دقيقه او سويقه او نصف صاع من زبيب عند ابي حنيفة وعندهما
صاع من زبيب وهي احدى الروايتين عن ابي حنيفة كذا في شرح الطحاوي
وعند الشافعي لكل مسكين مد من بر لحديث الاعرابي في كفارة الفطر
كذا في المبسوط ولنا ما روى الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله في جامعه
في قصة خولة ان النبي صلى الله عليه قال فليطعم وسقا من تمر ستين مسكينا
والحديث مسند في سنن ابي داود بطوله واذا ثبت مقدار ما يعطى كل
مسكين في كفارة الظهار انه صاع من تمر كان في البر نصف صاع لان كل
من اوجب التمر صاعا اوجب من البر نصفه والشعير مثل التمر لان احدا
لم يفرق بينهما كذا قال ابو بكر الرازي في شرحه ولانها صدقة مقدرة
من الطعام فيعتبر بصدقة الفطر لان المقصود دفع حاجة اليوم عن
كل مسكين فاعتبرت بصدقة الفطر ولا يتادى في ذلك بالمد لان المد لا
يتقدر به طعام الفطر لا يتقدر به طعام المسكين في الكفارة اصله ما
دون المد ولا يقال ينبغي ان لا يتقدر بالصاع في غير الحنطة كما في الحنطة
والجامع كونه طعاما مخرجا في الكفارة لانا نقول هذا تعليل في معارضة بجو
النص فلا يسمع لان النص ورد في التمر بان كل مسكين يعطى منه صاعا
لان الوسق ستون صاعا واما الشعير فلان المقصود دفع الحاجة وكفاية
الفقير ولا يتساوى الحنطة والشعير في الكفاية فلم تجز التسوية بينهما
واما الاباحة فهو ان يطعم ستين مسكينا من يشتهي الطعام اكلتين

مشبعتين وفيه خلاف الشافعي وسيجيء بيانه بعد هذا هنا واما جواز
القيمة فلذلك مذهبنا خلافا للشافعي لنا ان المقصود سد خلة المحتاج
فذلك حاصل في القيمة كما في العين وقد مر بيانه في الزكوة في فصل الحملان في الفصلان
قوله وسهل بن صخر فيه نظر لان المذكور في كتب الحديث سلمة
بن صخر في السنن وفي الجامع الترمذي وكذلك اثبت في المبسوط ايضا قال ابو
عيسى الترمذي في جامعه يقال سليمان بن صخر ويقال سلمة بن صخر
البياضي قوله لحديث اوس بن الصامت هو اخو عبادة بن الصامت
واوس زوج خولة بنت ثعلبة وهي المجادلة وفيها نزلت اية الظهار كذا قال
ابن شاهين في المعجم قال ابن شاهين حدثنا عبد الله بن سليمان قال حدثنا
محمد بن عثمان العجلي وحدثنا عبد الرحمن بن هارون الانباري قال
حدثنا اسحق بن خالد البالسي قالا حدثنا عبيد الله يعني ابن موسى
عن ابن حمزة الثمالي عن عكرمة عن ابن عباس قال كان الرجل اذا قال لامراته في
الجاهلية انت علي كظهر امي حرمت عليه فكان اول من ظاهر في الاسلام
اوس وكانت تحته ابنة عم له يقال لها خويلة يعني بنت ثعلبة فظاهر
منها فسقط في يديه وقال ما اراك الا وقد حرمت وقالت له مثل ذلك قال
فانطلقي الى رسول الله فاسأليه فاتت النبي صلى الله عليه فوجدت عنده
ماشطة تمشط رأسه فاخبرته فقال يا خويلة ما امرت في امرك بشيء فانزل
الله على النبي صلى الله عليه فقال يا خويلة ابشري قالت خيرا قال خيرا فقرأ لها
قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها الى قوله فتحرير رقبة من قبل ان
يتماسا قالت فاي رقبة لنا والله ما يخدمه غيري قال فمن لم يجد فصيام
شهرين متتابعين قال والله لولا انه يشرب في اليوم ثلث مرات لذهب
بصره قال فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا قالت من اين ما هي الا اكلة
الى مثلها فدعا النبي صلى الله عليه بشطر وسق ثلثين صاعا والوسق ستون صاعا
قال

قال ليطعم ستين مسكينا وليراجعك قوله فان اعطى منا من بر ومنوين
من تمر او شعير جاز وهذه لم تذكر في الجامع الصغير والقدوري وهي من
مسائل الاصل ذكرها صاحب الهداية بسبيل التفريع ولفظ المبسوط ولو اعطى كل
مسكين مدا من بر ومدين من شعير او تمر اجزاه وذا كان لان كل واحد من
الصنفين اصل فيجوز النصف من كل واحد منهما لان المقصود وهو سد خلة
المحتاج في يومه تحصل بذلك بخلاف ما اعطى من صنف اقل مما قدر فيه لكنه
يساوي كمال الواجب من صنف آخر فانه لا يجوز كما اذا اعطى مدا من بر
يساوي صاعا من شعير او اعطى نصف صاع من تمر هو يساوي نصف
صاع من حنطة لا يجوز لان المؤدى عين المنصوص فلا يعتبر فيه القيمة
قوله لان الجنس متحد وهو الكفارة قوله وان امر غيره ان يطعم عنه من
ظهاره ففعل اجزاه وهذه ايضا من مسائل الاصل ذكرها بسبيل التفريع
وانما جاز اذا فعل بامره لان المأمور يصير نايبا عنه في الاداء بحكم الوكالة
ويصير الفقير نايبا عنه في القبض فيقع قبض الفقير للآمر اولا ثم لنفسه فيحصل
معنى الاستقراض فيتحقق تملك المظاهر ثم تمليكه الفقير فيجزي عن كفارة
ظهاره بخلاف ما اذا لم يامره فاطعم عنه حيث لا يجزيه لان المظاهر لا يملكه
فلا يصح التمليك بدون الملك لان معنى الابتلاء لا يتحقق بدون الملك وبخلاف ما اذا
امره ان يصوم عن كفارة ظهاره ففعل لا يجزيه لحديث ابن عمر رضي الله عنهما
لا يصوم احد عن احد قوله فان غداهم وعشاهم جاز قليلا اكلوا او كثيرا
وهذه من مسائل القدوري غداهم اي اطعمهم الغداء وهو طعام الغداة وعشاهم
اي اطعمهم العشاء وهو طعام العشاء قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في
شرح الزيادات وطعام الاباحة اكلتان لكل مسكين غداء وعشاء والغداءان
تجزيه والعشاءان كذلك والعشاء والسحور كذلك واوفقها واعدلها الغداء
والعشاء والمعتبر فيه الشبع لا المقدار والمعتبر في التمليك المقدار دون الشبع

والسحور قد يصلح للاستيفاء فاقيم مقام الغداء قال النبي صلى الله عليه وسلم لعرباض
ابن سارية وقد دخل عليه وهو يتسحر هلم الى الغداء المبارك وانما اشترط الاكتفاء
لقوله تعالى فاطعام ستين مسكينا والواجب منه الوسط وهو اكلتان في اليوم لان
الاكثر في العادة ثلث مرات والاقل مرة ثم اعلم ان التمليك والاباحة كل واحد
منهما جائز عندنا في الاطعام عن كفارة الظهار وكفارة اليمين وعند الشافعي رحمه الله
لا تجوز الاباحة وقال في شرح الكافي كان احمد بن سهل يقول الايتاء ادى
بالتمليك وانما يتادى بالتمكين لظاهر قوله تعالى فاطعام ستين مسكينا
والشافعي قاس على الزكوة وصدقة الفطر والجامع كونه حقا ماليا وهو ضعيف
ولنا ان المذكور في الاية الاطعام وهو جعل الغير طاعما وهذا المعنى
يحصل بالتمكين كما يحصل بالتمليك فيجوز الاباحة كما يجوز التمليك قال تعالى فاطعام
ستين مسكينا وقال تعالى من اوسط ما تطعمون اهليكم بخلاف الزكوة فان المذكور
ثمة لفظ الايتاء وهو الاعطاء وذا يدل على التمليك قال تعالى واتوا الزكوة وبخلاف
صدقة الفطر فان المذكور ثمة لفظ الاداء فلم يجز التمكين ولان المقصود
سد خلة المحتاج في يومه وذلك يحصل بالاباحة لكن تمام ذلك بالتمليك فيجوز
كل واحد منهما قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي في باب
صدقة الفطر هذه المسايل على ثلاثة انواع في وجه يجوز التمليك وطعام الاباحة
وهو الكفارات وجزاء الصيد وقضاء الصوم والصلوة وفي وجه لا يجوز الا
التمليك وهو الزكوة وصدقة الفطر والعشر والخمس وفي وجه اختلفوا فيه وهو
انه اذا اتى ولم يحظر احرامه على طريق الضرورة نحو ان يحلق راسه عن اذى او
يلبس المخيط عن علة فانه يخير بين ثلاثة اشياء ان شاء ذبح في الحرم وان شاء صام
ثلاثة ايام وان شاء اطعم ستة مساكين كل مسكين نصف صاع من حنطة وتجوز
طعام الاباحة في قول ابي حنيفة وابي يوسف قياسا على ساير الكفارات وقال
محمد لا يجوز الا التمليك لان الله تعالى سماها صدقة بقوله تعالى او صدقة او نسك وما
سمي

بشي طعاما فيه لم تجز به الا التمليك قياسا على صدقة الفطر والزكوة **قوله**
من الطعم وهو بضم الطاء الطعام قال ابو خراش الهذلي اردّ شجاع البطن قد
تعلمينه واوثر غيري من عيالك بالطعم اما الطعم بفتح الطاء فمذاق الشيء
قال ابو خراش ايضا في قصيدته الاخرى التي يرثي فيها خالد بن زهير
فلست بناسيه وان طال عهده وما بعده للعيش عندي من طعم **قوله**
ولو كان فيمن عشاهم صبي فطيم لا تجزيه وفي فصل كتاب الايمان ذكرها
بسبيل التفريع وان لم يكن مذكورة في الجامع الصغير ومختصر القدوري لكن كان
ينبغي ان يقول فيمن غداهم وعشاهم او تقول فيهما اذ يقول لو كان احدهم
فطيما لان العشاء وحده لا يعتبر قال الحاكم الشهيد في الكافي وان غداهم
وعشاهم وفيهم صبي فطيم او فوق ذلك شيئا لم يجزه ذلك لان تغدية الصبي
وتعشيته ناقصة لانه لا يستوفي كاملا فلا يجزي عن الكامل **قوله** ولابد
من الادام في خبز الشعير اورد هذه ايضا بسبيل التفريع قال شمس الايمة السرخسي
في شرح الكافي وفي الكتاب اطلق الخبز ومراده خبز البر وقد فسره في
الزيادات وهذا لان المسكين يستوفي منه حاجته وان لم يكن ماءدوما بخلاف
خبز الشعير فانه لا يستوفي منه تمام حاجته الا اذا كان ماءدوما وكذلك لو غداهم
وعشاهم بسويق وتمر وقالوا وهذا في ديارهم فاما في ديارنا فلا بد من
الخبز والادام ما يوتدم به **قوله** وان اعطى مسكينا واحدا ستين
يوما اجزاه هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم انه اذا اطعم الطعام كله
مسكينا واحدا ستين يوما كل يوم اكلتين مشبعتين جاز وروي عن ابي
يوسف في غير رواية الاصول انه لا يجوز كذا في شرح الطحاوي وقال الشافعي
لا تجزيه حتى يستوفي عدد المساكين لان الواجب عليه اطعام ستين مسكينا
فبتجدد الايام لا يصير الواحد ستين فلا يجوز كالشاهد اذا كرر شهادته
في اليوم الثاني لا يصير في معنى شاهدين وجه الظاهر ان المسكين الواحد

اراد بالكتاب مختصر
الكافي وقال ...
ان يغدو ستين مسكينا
تغديتهم وتعشيتهم بخبز غير
ماءدوم

بتجدد الايام يصير في معنى المساكين لان المقصود دفع حاجة الفقير
ولهذا لا يجوز صرفه الى الغني والحاجة تتجدد بتجدد الايام وبتجدد سبب
الاستحقاق يصير هو في معنى مسكين اخر فكان اطعامه في ستين يوما
كاطعام ستين مسكينا ولانه مسكين ايستوي في قوت يومه من الكفارة في
اليوم الثاني وكذا في ساير الايام فجاز صرفه اليه كساير المساكين بخلاف الشاهد
لان المقصود طمانينة القلب ولا تحصل ذلك بتكرار الشهادة فلم يصر في معنى
الشاهدين **قوله** وان اعطاه في يوم واحد لم تجزه الا عن يومه وذلك لان الواجب
التفريق على ستين مسكينا ولم يوجد ذلك لا حقيقة لانه مسكين واحد ولا
حكما لعدم تجدد الحاجة **قوله** وهذا في الاباحة من غير خلاف اي عدم
الاجزاء فيما اذا اعطى الطعام كله مسكينا واحدا في يوم واحد بطريق
الاباحة بلا خلاف يعني لا تجزيه الا بتجدد الايام لان الواحد لا يستوفي
ما يستوفي ستون مسكينا في يوم واحد اما اذا اعطى الطعام كله
مسكينا واحدا في يوم واحد بدفعات بطريق التمليك ففيه اختلاف
المشايخ رحمهم الله ذكر شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي
قال بعض مشايخنا يجوز لان الحاجة الى التمليك ليس لها نهاية فاذا فرق
الدفعات جاز في يوم واحد كما في الايام بخلاف طعام الاباحة فانه اذا
استوفى حاجته في يوم ينتهي حاجته الى الطعام ولا يتجدد ما لم يتجدد الايام
يؤيده انه بعد ما اخذ وظيفة اليوم لو صرف اليه رجل اخر عن كفارته
وظيفة مسكين جاز فلنا اذا صرفه الرجل الاول بخلاف ما اذا ملكه ثلثين
صاعا بدفعة واحدة فانه لا يجوز الا نصف صاع لان التفريق واجب حقيقة
او حكما ولم يوجد وقال بعضهم لان المقصود سد الخلة ولهذا لا يجوز الصرف
الى الغني وبعد ما استوفى وظيفة اليوم لا حاجة الى سد الخلة بصرف
وظيفة اخرى اليه لانه تحصيل الحاصل بخلاف صرف رجل اخر وظيفة مسكين
اليه

اليه لا انها انتفت فاما اذا لم يكن المعنى في حق هذه الكفارة قال في شرح الطحاوي
ولو اعطى ثلثين مسكينا كل مسكين صاعا من الحنطة فانه لا يجوز الا عن
ثلثين مسكينا ايضا ولو اعطى مائة وعشرين مسكينا كل مسكين مدا
من حنطة فعليه ان يكمل لاحد الفريقين كل مسكين نصف صاع من حنطة
ولو اطعم ستين مسكينا غدا واطعم ستين مسكينا اخر عشاء فعليه ان
يطعم احد الفريقين اكلة مشبعة اخرى **قوله** وان قرب التي ظاهر منها
في خلال الاطعام لم يستانف وهذه مسالة القدوري وصورته انه قرب امراته
ما بين التغدية والتعشية اذا كان يغدي ويعشي مسكينا واحدا ستين
يوما فقربها في اثناء ذلك اذا كان يملك الطعام كله في يوم بدفعات مسكينا
واحدا فقربها فيما بين الدفعات وانما لا يستانف بل يجزيه اطعام ما بقي
من الطعام لان الله تعالى ما شرط في الاطعام ان يقع قبل المسيس ولم يقل من قبل ان
يتماسا كما قال في ذلك في التحرير والصيام وانما منع من المسيس قبل الاطعام لا
لان المسيس بالمعنى في غيره وهو ان لا يقع الاعتاق او الصوم قبل المسيس
لجواز القدرة عليهما لان الله تعالى غاد وراح والنهي لمعنى في غير المنهي لا يعدم
المشروعية ولا يقتضي الفساد **قوله** قبله اي قبل الاطعام **قوله** فيقعان
اي الاعتاق والصوم **قوله** واذا اطعم عن ظهارين ستين مسكينا كل مسكين
صاعا لم يجزه الا عن واحد منهما عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يجزيه
عنهما وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في رجل يكون عليه اطعام مائة وعشرين مسكينا من ظهارين
فاطعم ستين مسكينا لكل مسكين صاعا في يوم واحد قال لا يجزيه عنهما
وتجزيه عن احدهما وهو قول ابي يوسف ايضا وقال محمد تجزيه عنهما
وقال في المبسوط ولو اطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة من ظهارين
عن امراة واحدة او امراتين لم تجزه الا عن احدهما في قول ابي حنيفة وابي

يوسف ويجزيه في قول محمد عنهما وكذلك الاختلاف فيما اذا اطعم ستين
مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة من افطارين وفيه شرح في شرح الطحاوي
وجه قول محمد رحمه الله ان المؤدي يتوقف في الصاع لكل واحد
من ستين مسكينا يصلح وفاء بما عليه وهما الكفارتان والمحل يصلح صرفا
لهما جميعا فوقع عن الكفارتين كما اذا ادى عن ظهارين وفطر كل مسكين
صاعا فانه يجزيه بالاجماع فلذا هذا بيان الاول ويكون المؤدى
يصلح وفاء بما عليه ان المقدار الواجب لكل مسكين نصف صاع من كل واحد
من الكفارتين والصاع يصلح لذلك وبيان الثاني هو كون المحل يصلح
مصرفا للكفارتين ان المسكين لا يخرج باخذ احد الحقين عن كونه
مصرفا لاحتياجه مع ذلك ولهذا لو اعطاه نصف الصاع عن احدى
الكفارتين ثم اعطى النصف الاخر اياه عن الكفارة الاخرى جاز بالاتفاق
ووجه قولهما ان النية للتمييز وهي في الجنس الواحد لغو لانه لا يفيد
لعدم الحاجة الى التمييز فلما بطلت نية التمييز بقي نية اصل الكفارة والصاع
يصلح لاطعام واحد بان يقع النصف على وجه الفرض والباقي على وجه
الاحسان فيقع عن واحد بخلاف اختلاف الجنس لان نية التمييز فيه مفيدة و
بخلاف ما اذا فرق الدفع فانه في المرة الثانية كمسكين اخر حكما وعندي
قول محمد اقوى لانا لا نسلم ان النية في الجنس الواحد لا تفيد لانه اذا اعتبر نيته
يقع المؤدى عن الكفارتين واذا لم يعتبر يقع عن كفارة واحدة فقد حصلت الفائدة
حينئذ ولان اللائق بحال المسلم ان يشتغل باسقاط ما هو الواجب عليه لا بمباشرة
النوافل وعليه واجب فعلى ما قالا يقع نصف الصاع بطريق الاحسان ويبقى عليه
احدى الكفارتين وعلى ما قال محمد لا يبقى عليه من الواجب شيء على ان الرجل
ينادي باعلى صوته ويقول اني نويت الكفارتين جميعا وانما اديت لاسقاط الفرض
فيكون تقدير كلامهما انا ادي لاسقاط الفرض بل اضعت نصف المؤدى وبقي
عليك

عليه اذا ادى كذلك المقدار ثانيا وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال
فالفرقة قوله ومن وجب عليه كفارتا ظهار فاعتق رقبتين لا ينوي عن
احدهما بعينها جاز عنهما وكذلك اذا صام اربعة اشهر او اطعم مائة وعشرين
مسكينا جاز وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا استحسان كذا قال الشيخ
ابو نصر البغدادي رحمه الله وذلك لان الجنس متحد فلا حاجة الى التعيين فان
وجدت نية الكفارة عنهما قوله معنيين بمختلف الجهات المشروعة
قوله وان اعتق عنهما رقبة واحدة او صام شهرين كان له ان يجعل ذلك
عن ايهما شاء وهذا لفظ القدوري في مختصره وهي من مسائل المعاياة في
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يظاهر من
امراتين له فيعتق عبدا عنهما قال له ان يجعله عن احديهما ويجزيه وعليه اعتاق
رقبة اخرى وقال لو كان عليه رقبة من قتل ورقبة من ظهار فاعتق رقبة
عنهما لم تجزه ان يجعله عن احدهما وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وان
اعتق عبدا عن ظهارين فله ان يجعله عن ايهما شاء ويجامع تلك المراة فكذا الصوم
والاطعام وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله وقال في شرح
الاقطع قال الشافعي اذا نوى الكفارة فيهما جاز في الفصلين يعني فيما
اذا كانت الكفارتان من جنس واحد او من جنسين وجه قول الشافعي ان
الكفارات كلها جنس واحد والنية في الجنس الواحد لا يفيد فبقي نية اصل
الكفارة وذلك يكفي فله ان يجعل بعد ذلك عن ايهما شاء وهذا ضعيف لانا لا نسلم الا
الاتحاد في كل الكفارات الا ترى ان الرقبة في كفارة الظهار والافطار مطلقة
ولهذا تجوز فيها المؤمنة والكافرة وللاطعام فيهما مدخل وهي في كفارة
القتل مقيدة بالايمان وليس للاطعام فيه مدخل وجه قول زفر رحمه الله انه
لما اعتق رقبة واحدة عن ظهارين ينقسم الرقبة عليهما لا محالة فيكون
معتقا عن كل ظهار نصف رقبة ونصف الرقبة لا تجزي في الكفارة ثم اذا

يجعل تمام ذلك عن احدهما لانه يبطل تخريج الاخرى من يده [illegible] ما اعتق
فصار كما اذا اعتق عن ظهارين قبل [illegible] الظهارين [illegible] في
الجنس لانه لا حاجة الى التعيين [illegible] نية الكفارة وله ان يجعل عن ايهما
شاء بخلاف ما اذا اعتق رقبة واحدة عن ظهار وقتل فان النية فيه معتبرة
لاختلاف الجنس لوجود الاختلاف في السبب والحكم فاذا كانت النية معتبرة
يكون عن كل كفارة نصف رقبة فليس له ان يجعل بعد ذلك عن احدى الكفارتين
لانه خرج الاخر من يده واستشهد شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
وقال الا ترى ان من كان عليه قضاء ايام من رمضان فنوى صوم القضاء جاز
وان لم يعين يوم الخميس او الجمعة لان الجنس واحد بخلاف ما اذا كان عليه القضاء والنذر
فانه لا بد فيه من التمييز لاختلاف الجنس **قوله** في الفصلين اي فيما اذا اعتق
عن ظهارين وفيما اذا اعتق عن ظهار وقتل **قوله** نظير الاول اراد به الجنس
المتحد **قوله** ونظير الثاني اراد به الجنس المختلف قال الحاكم الشهيد في الكافي
ولا يجزيه ان يعطي من هذه الكفارة من لا تجزيه ان يعطي من زكوته الا فقراء
اهل الذمة فانه يعطيهم من هذه الكفارة وفقراء اهل الاسلام احب الينا
ولا تجزيه ان يعطي فقراء اهل الحرب وان كانوا مستامنين في دار الاسلام

باب اللعان

بيان المناسبة في اول باب الايلاء فلا نفيده والاصل في ثبوت اللعان
ما روى مالك في الموطا عن ابن شهاب عن ابن المسيب ان سهل ابن سعد
الساعدي اخبره ان عويمرا العجلاني جاء الى عاصم بن عدي الانصاري
فقال له عاصم ارايت رجلا وجد مع امراته رجلا ايقتله فتقتلونه ام كيف
يفعل سل لي عن ذلك رسول الله فسال عاصم عن ذلك رسول الله صلى الله عليه
فكره رسول الله صلى الله عليه المسائل وعابها حتى كبر على عاصم ما سمع من
رسول الله صلى الله عليه فلما رجع عاصم الى اهله جاءه عويمر فقال يا عاصم ما
ماذا

ماذا قال لك رسول الله صلى الله عليه فقال عاصم لعويمر لم تاتني بخير قد
كره رسول الله صلى الله عليه المسالة التي سالته عنها فقال عويمر والله لا انتهي حتى
اسال رسول الله صلى الله عليه فاقبل عويمر حتى اتى رسول الله وسط الناس
فقال يا رسول الله ارايت رجلا وجد مع امراته رجلا ايقتله فتقتلونه
ام كيف يفعل فقال رسول الله صلى الله عليه قد انزل الله فيك وفي صا
حبتك فاذهب فات بها قال سهل فتلاعنا وانا مع الناس عند رسول الله
صلى الله عليه فلما فرغا من تلاعنهما قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله
ان امسكتها فطلقها ثلاثا قبل ان يامره رسول الله صلى الله عليه قال ابن شهاب
فكانت تلك سنة المتلاعنين وروى البخاري هذا الحديث في صحيحه عن اسمعيل
عن مالك عن ابن شهاب الى اخره وروى صاحب السنن عن عثمان بن ابي شيبة قال
حدثنا جرير عن الاعمش عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه
قال انا لليلة جمعة في المسجد اذ دخل رجل من الانصار في المسجد فقال لو ان رجلا
وجد مع امراته رجلا فتكلم به جلدتموه او قتل قتلتموه فان سكت سكت على
غيظ والله لاسالن عنه رسول الله صلى الله عليه فلما كان من الغد اتى رسول الله
عليه فساله فقال لو ان رجلا وجد مع امراته رجلا فتكلم به جلدتموه او سكت
سكت على غيظ فقال اللهم افتح وجعل يدعو فنزلت اية اللعان والذين يرمون
ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية ثم اعلم ان اللعن هو الابعاد والطرد
في اللغة ومنه قيل ذئب لعين اي طريد كذا قال ابن دريد في الجمهرة و
واستشهد بقول الشماخ ذعرت به القطا ونفيت عنه مقام الذئب كالرجل
اللعين اي الذئب اللعين وقال ولاعن الرجل امراته اذا قذفها بالفجور ثم قال
وهذه كلمة اسلامية لم تعرف في الجاهلية والمصدر الملاعنة واللعان ثم اللعان
في الشريعة عبارة عما يجري بين الزوجين من الشهادات الاربع المذكورة
في القران مقرونة باللعن والغضب فسمي الكل لعانا لما فيه من ذكر اللعن

[illegible] بالرجل [illegible] لانه عاجز بسبب
[illegible] والزوجات [illegible] ايضا لانه قال
[illegible] ان رجلا وجد مع امراته رجلا ان تكلم جلد [illegible] ثم صار موجب قذف
الزوج اللعان بالاية وعند الشافعي موجب قذفه الحد ولكن له ان
يسقطه عن نفسه باللعان وهو ضعيف لان الله تعالى ذكر قذف الزوج
وجعل حكمه اللعان لا غير **قوله** قال واذا قذف الرجل امراته
بالزنا وهما من اهل الشهادة والمراة ممن يحد قاذفها او نفى نسب ولدها
وطالبته بموجب القذف فعليه اللعان اي قال القدوري في مختصره
وهذه الجملة مشتملة على مسايل **منها ان اللعان** لا يجري بين الرجل وامراته
اذا قذفها بالزنا ما لم يكونا من اهل الشهادة بان قال لها يا زانية او قال
زنيت بفلان او قال رأيتك تزنين وهذا هو القذف بصريح الزنا و
عند الشافعي اهلية الشهادة ليست بشرط بل كل من كان اهلا للطلاق
فهو اهل للعان ولنا قوله تعالى والذين يرمون ازواجهم ولم يكن
لهم شهداء الا انفسهم فشهادة احدهم اربع شهادات بالله انه لمن
الصادقين والخامسة ان لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين ويدرأ عنها
العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة
ان غضب الله عليها ان كان من الصادقين بيانه ان الله تعالى
استثنى انفس الذين يرمون ازواجهم من الشهداء فدل على انهم من الشهداء
فيشترط اهلية الشهادة وذلك لان الاصل في الاستثناء هو المتصل وهو
ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه والعبد والكافر ليسا من
اهل الشهادة فلا يتناولهما النص ثم اذا سقط اللعان لمعنى في الشهادة
ينظر ان كان من جانب الزوج فعليه الحد وان كان من جانب المراة فلا حد
ولا لعان **ومنها** انه يعتبر ان تكون المراة ممن يحد قاذفها عندنا لان

[illegible] لان
التشهد وكذا الشهادة [illegible] بسببه قذف الرجل [illegible]
صحيحا ونعني بالصحيح ما يكون موجبا للحد من الاجانب بان كان
بالغا والمراة عاقلة بالغة لان القذف من الصغير والمجنون ليس بموجب
للحد لعدم الجناية وكذا القذف للمجنونة والصغيرة بالزنا كذب لانه لا يتصور
الزنا منهما فلا يكون قذفا صحيحا وشرطه ان يكونا زوجين حرين مسلمين
عاقلين بالغين غير محدودين في القذف وان يكون النكاح بينهما صحيحا
سواء دخل بها او لم يدخل كذا في شرح الطحاوي وانما اشترطت الزوجية لان
الله تعالى خص بالازواج حتى لو قذفها ثم طلقها ثلثا او باينا فلا حد ولا
لعان وكذا اذا كان النكاح فاسدا لا يجب اللعان لانه ليس بزوج مطلقا
واشترطت الحرية لان الرق مناف للشهادة واللعان شهادة موكدة
باليمين والحرية من جانبها من شرايط احصان القذف واشترط الاسلام لان
الاسلام من شرايط الاحصان حتى لا يجب الحد على قاذف الكافرة فلذا لا يجب
اللعان اما اذا كان الزوج كافرا والمراة مسلمة بان اسلمت المراة فقذفها بالزنا
قبل عرض الاسلام عليه لا يجب اللعان لانه شهادة للكافر على المسلمة واشترط
العقل والبلوغ لانه لا صحة للقذف بدونهما واشترط نفي الحد في القذف
لان المحدود لا شهادة له بالنص واهله من كان اهلا للشهادة عندنا وعند
الشافعي من كان اهلا لليمين بناء على ان اللعان شهادات موكدات بالايمان
عندنا قايمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها ولهذا لا يثبت
اللعان بالشهادة على الشهادة ولا بشهادة النساء مع الرجال ولا بكتاب القاضي
وكذا اذا وطيت محصنة بشبهة فقذفها زوجها لم يجب اللعان كما لم يجب
الحد اذا قذفها الاجنبي وعنده ايمان موكدة بالشهادة **ثم اعلم** ان
موجب قذف الزوج كان الحد في اول الاسلام لقوله تعالى والذين يرمون
المحصنات

اللعان قايم مقام حد القذف في القذف للاجانب الاجنبيات حتى ان
كل قذف يوجب الحد في قذف الاجانب يوجب اللعان في قذف الازواج
وما لا فلا ولهذا اذا قذف الرجل امراته بالزنا وهي ممن لا يحد قاذفها لا تجري بينهما
اللعان بان كانت وطيت بشبهة او كان ظهر زناها بين الناس قبل ذلك
او تزوجها بنكاح فاسد وولدت لها ولد من غير اب معروف وذلك
ان موجب قذف الزوج اللعان كما ان الحد موجب قذف الاجنبي
فاذا كانت المراة على صفة لا يثبت بها احد الموجبين لا يثبت الموجب
الاخر ايضا و**منها ان اللعان** يثبت بنفي نسب الولد بان قال
هذا الولد من الزنا او قال ليس مني قبل الاقرار بالولد قبل مضي مدة التهنية
التي هي قايمة مقام الاقرار بخلاف ما اذا نفى الحبل حيث لا لعان ولا حد
عند ابي حنيفة لاحتمال انه ريح وانما وجب بنفي الولد لانه صار قاذفا
زوجته بنفي ولده عن نفسه وقذف الزوج زوجته موجب اللعان
اذا كانا من اهل الشهادة وقد حد ولا يقال لا نسلم انه قاذف زوجته
بنفي نسب الولد عن نفسه لاحتمال انها وطيت بشبهة فولدت لانا
لا نسلم اعتبار هذا الاحتمال ولهذا يكون قاذفا بالاجماع اذا قال لرجل
لست لابيك مع ان هذا الاحتمال قايم و**منها ان جريان اللعان**
موقوف على مطالبة المراة باللعان لانه حقها لان الزوج لوث عرضها
حيث قذفها بالفجور فاشترطت مطالبتها فيه كساير حقوقها حتى اذا
سكتت عن مرافعته فهي امراته وان رافعته بين الامام بالرجل فامره ان
يلتعن كما ذكر الله تعالى في القران ثم تخصيص الغضب المراة الخامسة
بالمراة لان النساء لا يستعظمن اللعن ويستعظمن الغضب لان السنتهن
معتادة على اللعن فيتجرأن عليه ولا تخفن **قوله** والاستثناء انما يكون
من الجنس فيه نظر لان انما للحصر فعلى ما قال يكون كل الاستثناء من
الجنس

الجنس وليس كذلك لان الاستثناء المنقطع وارد في كلام الله العزيز
قال تعالى فانهم عدو لي الا رب العالمين وكان ينبغي ان يقول بالتقييد
بان يقول والاستثناء الحقيقي اذ يقول والاصل في الاستثناء حتى
لا يرد عليه المنع فافهم **قوله** واذا نفى اجنبي نسبه عن ابيه المعروف
بان قال انت اجنبي لست لابيك حيث يكون قاذفا وان كان احتمال الصدق
قايما بان يكون المقذوف ولد الموطوءة عن شبهة **قوله** وهذا لان
الاصل في النسب الفراش الصحيح اشارة الى قوله ولا يعتبر احتمال
ان يكون الولد من غيره يعني اذا نفى نسب ولده عن نفسه يكون ذلك
قذفا لزوجته لان الاصل هو الفراش الصحيح فيكون المراد من القذف
هو لا الفاسد فلا يحمل كلامه على الاحتمال حتى يظهر ذلك **قوله** فان امتنع
منه حبسه الحاكم حتى يلاعن او يكذب نفسه فيحد وهذا لفظ القدوري
في مختصره وهذا هو المذهب عندنا لان الرجل اذا امتنع من اللعان لا يجب عليه حد
القذف بمجرد الامتناع بل يجبر على اللعان فان كذب نفسه فحينئذ
يجب عليه حد القذف وكذا المراة اذا امتنعت بعد لعان الزوج لا يجب
عليها حد الزنا قال الحاكم الشهيد في الكافي انها تكل عن اللعان حبسه واجبره
حتى يلتعن كما التعن صاحبه وقال في شرح الطحاوي ولو انهما امتنعا من اللعان
او امتنع احدهما من اللعان فالقاضي يجبرهما على ذلك وقال شمس الايمة في
المبسوط قال الشافعي لو امتنع الزوج من اللعان يقام عليه حد القذف
وعندنا يحبس حتى يلتعن وقال الشيخ ابو نصر وهذا الذي ذكره القدوري
فرع على اختلافهم في موجب قذف الزوج فعندنا هو اللعان فاذا امتنع منه
فقد امتنع حقا عليه يقدر على ايفايه كالديون وذلك الحق هو اللعان
او اعترافه بعفافها وذلك يكون باكذابه وعند الشافعي موجب قذف
الزوجة الحد وانما جعل له ان يسقطه باللعان فاذا امتنع من اللعان استوفي

منه الحد فعلم بهذا ان ما ذكره الولوالجي في فتاواه ليس بمذهب اصحابنا رضي الله عنهم فيحمل ذلك على قول بعض المشايخ قلت واذا لم يلتعن الزوج وجب عليه الحد لان اللعان خلف عن الحد فاذا لم يات بالخلف وجب عليه الاصل واذا لم يلتعن المراة بعد لعان الزوج وجب عليها حد الزنا لان اللعان في جانبها خلف عن حد الزنا لقوله تعالى ويدروا عنها العذاب ان تشهد اربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين فاذا لم تات بالخلف وجب الاصل قال شمس الايمة السرخسي في المبسوط قال الشافعي في قوله ويدرا عنها العذاب اي يسقط عنها الحد الواجب بلعان الزوج ثم قال والمراد منه الجنس لا الحد اي من العذاب يعني عندنا يقال كذبته اذا قال له كذبت ومنه قوله تعالى فانهم لا يكذبونك اي لا يقولون انك كذاب وقرئ لا يكذبونك من الاكذاب اي لا يصادفونك كاذبا وقال بعضهم الكذب ايضا بمعنى كذب قوله ولو لاعن وجب عليها اللعان ايضا وهذا ايضا لفظ القدوري وانما يبدا بلعان الزوج اما لان الله تعالى بدا به وهو السنة ايضا واما لانه يدعي عليها الزنا قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو اخطا القاضي فامر المراة فبدات باللعان ثم التعن الرجل كان عليه ان يامر المراة باستقبال اللعان فان لم يامرها بذلك وفرق بينهما فالفرقة جايزة قال القدوري فان امتنعت حبسها الحاكم حتى تلاعن او تصدقه وذلك لانها امتنعت من ايفاء حق لازم عليها فتحبس كما في الديون وعند الشافعي اذا امتنعت حدت حد الزنا لان الواجب عليها حد الزنا فيسقط عنها اللعان وهو ضعيف لان الرجل اذا قذفها وشهد عليها مع ثلاثة بالزنا لا يثبت الزنا بالاجماع فكيف اذا شهد الرجل وحده قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا شهد الزوج وثلثة نفر على المراة بالزنا جازت شهادتهم وان كان الزوج قذف وجاء بثلثة نفر فشهدوا

حد

حد الثلثة ولاعن الزوج قوله واذا كان الزوج عبدا او كافرا او محدودا في قذف فقذف امراته فعليه الحد وهذه من مسايل التفريع والاصل فيه ما قال محمد بن الحسن في الاصل وهو قوله بلغنا عن رسول الله صلى الله عليه انه قال لا لعان بين اهل الكفر واهل الاسلام ولا بين العبد وامراته ولا بين المحدود في القذف وامراته بيانه ان اللعان انما يجب في قذف الرجل زوجته اذا وجدت شرايط اللعان وان لم توجد فسقط اللعان لانعدامه لمعنى من جهة الزوج وهو كونه على صفة لا يصح منه اللعان فصار كانه اكذب نفسه فصار قاذفا فوجب عليه الحد لعموم قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء ولانه كان هو المشروع في الاصل في قذف الزوج وغيره ثم صار اللعان خلفا عنه في قذف الزوج عند وجود الشرايط فاذا انعدمت صير الى الاصل وهو الحد وصورته ما اذا كان الزوج كافرا والمراة مسلمة بان اسلمت المراة فقذفها الزوج قبل عرض الاسلام عليه قوله وان كان من اهل الشهادة وهي امة او كافرة او محدودة في قذف او كانت ممن لا يحد قاذفها بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان وهذا ايضا لفظ القدوري في مختصره الا قوله بان كانت صبية او مجنونة او زانية فلا حد عليه ولا لعان وهذا ايضا لفظ القدوري في مختصره الا قوله بان كانت صبية او مجنونة او زانية فانه تفسير من صاحب الهداية وانما لا يكون الحد في قذف هولاء لعدم احصانهن ولان اللعان في قذف الازواج قايم مقام حد القذف في قذف الاجانب فلا يجب الحد اذا قذفهن الاجانب فكذا لا يجب اللعان اما الامة والكافرة فقذفهما ليس بقذف صحيح لعدم الاحصان والقذف اذا لم يكن صحيحا لا يوجب الحد وكذا قذف الصغيرة والمجنونة والزانية ليس بصحيح واما المراة اذا كانت

حرة مسلمة عاقلة بالغة عفيفة الا انها محدودة في قذف فقذفها
الزوج يكون قذفها صحيحا لكن لما لم تجز اللعان لانعدام اهلية الشهادة
فيهما لم تجب الحد على الزوج لان اللعان سقط لمعنى من جهة المرأة اصله
اذا صدقته وهو معنى قوله كما اذا صدقته يعني اذا صدقته المرأة لا يجب
الحد فكذا هنا قوله والاصل في ذلك قوله عليه السلام اربعة لا لعان
بينهم وبين ازواجهم اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة تحت
الحر والحرة تحت المملوك وهذا الحديث لم نجد له اصلا في كتب
الحديث كالموطا والصحيح البخاري وسنن ابي داود والجامع الترمذي
وغير ذلك الا ان ابا بكر الرازي ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي باسناده
عن عبد الباقي بن قانع الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه
قال اربع ليس بينهن ملاعنة اليهودية والنصرانية تحت المسلم والمملوكة
تحت الحر والحرة تحت المملوك قوله ولو كانا محدودين في القذف فعليه
الحد وهذه من مسائل الاصل ذكرها صاحب الهداية بسبيل التفريع و
ان لم يذكرها القدوري وذلك لان قذف المحدود صحيح لكنه امتنع
اللعان لمعنى من جهته وهو كونه ليس من اهل الشهادة فوجب الحد ولا
يقال لم لا يجوز ان يكون امتناع اللعان لمعنى من جهتها لانها محدودة
ايضا حتى لا تجب الحد على الزوج لانا نقول الاصل في اللعان هو الرجل لانه
اصل القذف فثبت فانما يعتبر اهلية المرأة في اللعان اذا وجدت اهلية الرجل
فاذا لم توجد اهلية الرجل فلا يعتبر حالها في اللعان كالعبد يقذف
امرأته المحدودة العفيفة الحرة العاقلة البالغة حيث تجب عليه الحد
قال اصحابنا اذا قذف الرجل امرأته الموطوءة بشبهة لا تجب عليه حد
ولا لعان ثم رجع ابو يوسف عن هذا وقال تجب بقذفها الحد واللعان
اي تجب الحد على الاجنبي وفي اللعان على الزوج لانه وطء تعلق به ثبوت
النسب

النسب والمهر فكان كالوطء الصحيح وجه الظاهر انه وطء في
غير ملك فاشبه الزنا فصار شبهة فسقط الحد فلما سقط الحد سقط
الحد سقط اللعان قوله قال وصفة اللعان ان يبتدي القاضي
بالاخيرة اي قال القدوري اعلم ان المرأة اذا خاصمت الى القاضي
فينبغي ان يقول لها اتركي واعرضي ولو تركت واعرضت ثم خاصمت
بعد ذلك ثانيا جاز لان العفو عن القذف باطل فاذا اختصمت الى القاضي
وانكر الزوج فعليها ان تقيم شاهدين عدلين ولو اقامت رجلا وامرأتين
لم يقبل ولو اقامت شاهدين ثم ان الرجل اقام رجلا وامرأتين على تصديقها
سقط اللعان ولا حد ولو لم يكن لها بينة فارادت ان تحلف الزوج
على القذف ليس لها ذلك وان اقر الزوج بانه قذفها بالزنا يسأل عنه البينة
فان شهد اربعة انهم رأوا كالميل في المكحلة والقلم في المحبرة ينظر ان كانت
المرأة محصنة رجمت وان كانت غير محصنة جلدت ولو لم يكن له بينة
وجب اللعان اذا اجتمعت الشرائط فيهما ثم يقيمهما القاضي بين يديه
متقابلين فيأمر الزوج بان يقول اولا اربع مرات اشهد بالله اني
لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله
علي ان كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا واذا كان القذف
بنفي الولد يقول في كل مرة فيما رميتها به من الزنا في نفي ولد ثم يأمر المرأة
بان يقول اشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في
الخامسة غضب الله علي ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا وان كان
القذف بنفي الولد تقول المرأة في كل مرة فيما رماني به من الزنا في نفي ولده هكذا
ذكر في شرح الطحاوي قال القدوري يشير اليها في جميع ذلك اي يشير
الرجل الى المرأة في قوله فيما رميتها هكذا ذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله
وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه يحتاج ان ياتي بلفظ المواجهة

ك

فيقولون فيما رميتك به وهو قولنا وزفر كذا في شرح الاقطع لان خطاب المواجهة
ليس فيه احتمال غير الكناية احتمال فكان اولى ووجهه ما ذكر الشيخ ابو
الحسن ان الاشارة ابلغ في التعريف من اللفظ فيقع غير ذلك ان شاء خاطب وان شا
كنى فلا يعترض وقال اصحابنا اللعان شهادة مؤكدة باليمين وعند الشافعي هو
يمين لانه تعالى قال اربع شهادات بالله فذلك قوله بالله على انه يمين لانه
لو كان شهادة لم يتفق على قوله بالله **ولنا** قوله تعالى ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم
بيانه انه استثنى الازواج من الشهداء فدل على انهم شهداء لان الاصل في الاستثناء
ان يكون من الجنس فثبت ان اللعان شهادة وذكر اليمين للتاكيد وتحقيق
الصدق فلا تنافي بين اليمين والشهادة فلا يلزم حينئذ من ذكر اليمين انتفاء
الشهادة الا ترى ان الشهادة في ابتداء الاسلام كانت تؤكد باليمين قال
تعالى في سورة المائدة فيقسمان بالله لشهادتنا احق من شهادتهما ثم نسخ اليمين
في ساير الشهادة بقوله تعالى واشهدوا ذوي عدل منكم وبقي في اللعان على ما كان
وقال في الكشاف روي عن علي رضي الله عنه انه كان يحلف الشهود والراوي
اذا اتهمهما فظهر ان ذكر اليمين لم يخرج اللعان من ان تكون شهادة ولا يرد علينا
صحة اللعان من الاعمى والفاسق لان لهما اهلية الشهادة وانما لا يقبل اداؤهما
اما في الاعمى فلعدم تمييزه المشهود عليه عن المشهود له ولا حاجة هنا الى التمييز
واما في الفاسق فلرجحان جانب الصدق لانا امرنا بالتثبت في خبره بخلاف
المحدود فانه لا اهلية له اصلا لبطلان شهادته **قوله** قال فاذا التعنا
لا يقع الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما اي قال القدوري في مختصره اعلم
ان الزوجين اذا تلاعنا لا يثبت الفرقة بينهما بمجرد التلاعن حتى يفرق
القاضي بينهما حتى يكون الزوجية قائمة ويصح ظهاره وطلاقه والايلاء و
تجري التوارث بينهما اذا مات احدهما عندنا كذا في شرح الطحاوي وقال زفر
يقع بتلاعنهما ولا حاجة الى تفريق القاضي وقال الشافعي تقع بلعان الرجل
قبل

قبل لعان المرأة لان الفرقة بيد الزوج فيكون لعانه هو المعتبر في الفرقة وانما
لعان المرأة لدرء الحد عنها ولزفر قول الصحابة رضي الله عنهم المتلاعنان
لا يجتمعان ابدا ولنا ما روينا من الموطا والصحيح البخاري في اول الباب
في حديث عويمر انه قال كذبت عليها يا رسول الله ان امسكتها فطلقها ثلاثا
قبل ان يامره رسول الله صلى الله عليه قال ابن شهاب الزهري فكانت
تلك سنة المتلاعنين قال ابو داود السجستاني رحمه الله في السنن في هذا
الخبر قال سهل ابن سعد رضي الله عنه فطلقها ثلاث تطليقات عند
رسول الله صلى الله عليه فانفذه رسول الله فمضت السنة بعد في المتلاعنين
ان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان ابدا وفي رواية اخرى في السنن قال
سهل ابن سعد شهدت المتلاعنين على عهد رسول الله صلى الله عليه وانا
ابن خمس عشرة سنة ففرق بينهما رسول الله حين تلاعنا ووجه الاستدلال
ان الفرقة لو وقعت بلعان احدهما او بلعانهما لما وقع عليها الطلقات
الثلاث ولا انفذه رسول الله صلى الله عليه بل كان الواجب على رسول الله
ان ينكره ويبين بطلان اعتقاده والرواية الاخرى ابين لانه عليه السلام
فرق بينهما ولان هذه الفرقة تختص بينهما بخصيص الحاكم فوجب الحكم
بتفريقه كما في فرقة العنة ولان اللعان تحالف بين المتعاقدين فاشبه التحالف
في البيع فثمة لا ينفسخ البيع بمجرد التحالف بلا قضاء فكذا هنا فان قلت
هذا معنى مانع وجوده عن الاقرار على النكاح كما في الطلاق والرضاع
والردة فلا حاجة الى قضاء القاضي فيه كما في هذه الاشياء قلت في
المقيس عليه لم يشترط الحضور عند الحاكم فلم يتوقف حكمه على حكم
القاضي وفي المقيس يشترط حضرة القاضي فيتوقف حكم اللعان على حكم القاضي
فلما جاء الفارق بطل القياس **قوله** دل عليه قول ذلك المتلاعن اي
دل على ان لا يقع الفرقة حتى يفرق الحاكم قول المتلاعن عند النبي صلى الله عليه

واراد بالملاعن عويمر العجلاني وقد روينا ما في الحديث في اول الباب
قوله وتكون الفرقة تطليقة بائنة عند ابي حنيفة ومحمد وهذا لفظ
القدوري في مختصره وتمامه فيه وقال ابو يوسف هو تحريم مؤبد وهو
قول زفر والحسن كذا في شرح الاقطع وقول الشافعي رحمه الله مثل قول
ابو يوسف لنا في المبسوط وقال مالك في الموطا السنة ان المتلاعنين لا يجتمعان
ابدا وان اكذب نفسه جلد الحد والحق به الولد وحجة قول ابي يوسف
ما روي في السنن عن سهل بن سعد رضي الله عنه قال حضرت عند رسول الله
صلى الله عليه فمضت السنة بعد في المتلاعنين ان يفرق بينهما ثم لا
يجتمعان ابدا ولان سبب هذه الفرقة وهو اللعان يشترك فيه الزوجان
ولا يختص به الرجل فكانت فرقة بغير طلاق حرمة مؤبدة كالرضاع
ولابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما ما روى محمد في الاصل بقوله بلغنا عن
ابراهيم انه قال اللعان تطليقة بائنة وقال ايضا وبلغنا عن ابرهيم انه قال
اذا اكذب الملاعن نفسه جلد الحد وكان خاطبا من الخطاب ولان الثابت
بالنص هو اللعان فلو اثبتنا الحرمة المؤبدة لزم الزيادة على النص وذلك لا يجوز
لانه نسخ على ما عرف ولان هذه الفرقة لا يتقرر سببها الا في نكاح صحيح
ويختص بمجلس الحكم فتكون فرقة بطلاق كالفرقة بالجب والعنة والفقه
فيه ان الامساك بالمعروف فات باللعان فتعين التسريح بالاحسان فاذا امتنع
الزوج ناب القاضي منابه فكان فعله كفعله فكانت فرقة بطلاق كما
في العنين والفرقة بالطلاق لا تتابد غير انها بائنة لان المقصود دفع الظلم
عنها ولا يحصل ذلك الا بالبائن فمعنى قوله لا يجتمعان ابدا اي ما داما متلاعنين
كقوله تعالى ولن تفلحوا اذا ابدا اي ما داموا كفارا وهما لم يبقيا متلاعنين بعد اكذاب
الزوج نفسه لا حقيقة ولا حكما لان ذلك لا يكون الا حال تشاغلهما باللعان ولم
يبق التشاغل لا حقيقة ولا حكما لانه لما اكذب نفسه وجب عليه الحد فبطلت اهلية
اللعان

اللعان فارتفع اللعان حكما لبطلان الاهلية قوله وهو خاطب يعني يصح
تزوجه بعد اكذاب قوله ولم يبق التلاعن ولا حكما اي لم يبق حقيقة التلاعن
ولا حكم التلاعن يعني لم يبق ذلك لا حقيقة ولا حكما مر بيانه انفا قوله
ولو كان القذف بنفي الولد نفى القاضي نسبه والحقه بامه وهذه مسئلة القدوري
وذلك لما روي في الموطا والصحيح للبخاري وغيرهما عن مالك عن نافع عن عبد الله بن
عمر رضي الله عنهما ان رجلا لاعن امراته في زمن رسول الله صلى الله عليه وانتفى من
ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه بينهما والحق الولد بالمراة قال
في شرح الطحاوي ثم ولد الملاعنة بعدما قطع نسبه يبقى احكام نسبه باقية
من الاب سوى الميراث والنفقة حتى ان شهادة الاب له لا تقبل وشهادته للابن
لا تقبل ودفع الزكوة اليه لا يجوز ولو كان انثى فتزوجها اباها او تزوج بنته منه
ان كان ابنا لا يجوز وغير ذلك من احكام النسب قوله وصورة اللعان
اي الذي بنفي الولد وقد مر بيانها قوله وكذا في جانب المراة اي تقول المراة في
اللعان بسبب نفي الولد فيما رماني به من نفي الولد وقد مر بيانه قوله الامرين
اراد بهما الزنا ونفي الولد قوله ولان المقصود من هذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه
مقصوده يعني ان غرض الزوج من لعانه بسبب نفي الولد هو نفي الولد فيكمل
عليه غرضه من نفي الولد فلا جرم ينفي القاضي بسبب ولده منه لكن يتضمنه
القضاء بالتفريق اي يحصل نفي الولد في ضمن القضاء بالتفريق يعني اذا قال
فرقت بينكما كفى وعن ابي يوسف لا بد ان يفرق ويقول قد الزمته امه و
اخرجته من نسب الاب وذلك لان القضاء بالتفريق ينفك من نفي الولد فلا
بد من ذكر نفي الولد الا ترى انه اذا نفى ولد ام الولد ينتفي ولا يجري اللعان واذا قال
لامراته زنيت يجري اللعان ولا ينتفي الولد قوله فان عاد الزوج واكذب
نفسه حده القاضي هذا لفظ القدوري في مختصره وكذلك قوله وحل له ان
يتزوجها وكذلك قوله وكذلك ان قذف غيرها فحد به او زنت فحدت

يعني اذا كذب الزوج نفسه بعد تفريق القاضي بينه وبين امراته
لانه اعترف بوجوب الحد عليه فيحد ثم بعد ذلك ... فلما حد
الحد حل له ان يتزوجها لانه بطل اللعان بوجوب الحد لانعدام
اهلية الشهادة بطل الحكم الذي تعلق به وهو الحرمة وبذلك يحل له ان يتزوجها
اذا ... غير ... تفريق القاضي ... لهذا المعنى وكذا اذا زنت المراة
فحدت ... لانه ... لا بعد ام اهلية اللعان قال في شرح
الطحاوي اذا ... او ... اذا كذبت المراة نفسها او كذب الرجل نفسه
او قذف ... انسانا فحد او وطئت المراة حراما يحل له ان يتزوجها
عند ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وعند ابي يوسف
والشافعي لا يحل له ذلك وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي اذا
خرج المتلاعنان عن حال اهلية اللعان فيه ابدا فان كان بعد التفريق حل له
ان يتزوجها في قول ابي حنيفة ومحمد وان كان قبل التفريق لم يفرق
بينهما وعند ابي يوسف لا يجتمعان ابدا **قوله** فارتفع حكمه المنوط به
وهو التحريم اي ارتفع اللعان بحكمه المتعلق به وذلك الحكم هو التحريم يعني
ارتفع التحريم كما ارتفع اللعان **قوله** واذا قذف امراته وهي صغيرة
او مجنونة فلا لعان بينهما وهذا لفظ القدوري وذلك لان في قذف
الزوج قائم مقام الحد في حق الاجنبي فاذا قذفهما الاجنبي لا يجب الحد لان
قذفهما ليس بقذف في ... اذ ليس لهما فعل صحيح فكذا لا يجري اللعان اذا
قذفهما الزوج **قوله** لقيامه مقامه اي لقيام اللعان مقام حد القذف
قوله وكذا اذا كان الزوج صغيرا او مجنونا يعني لا لعان بينه وبين امراته
لانعدام اهلية الشهادة واللعان شهادة عندنا **قوله** وقذف الاخرس لا
يتعلق به اللعان وقال الشافعي يصح قذفه ولعانه كذا في شرح الاقطع
وجه قوله ان اشارة الاخرس كعبارة الناطق ولنا ان الحد يندرئ
بالشبهات

بالشبهات وفي اشارته احتمال وشبهة فلا يثبت الحد بالشبهة وكذلك اللعان
لانه قائم مقام الحد وكذلك لا يثبت اللعان بالكتابة لان الكتابة بمنزلة
ما ليس بصريح من الناطق فصار شبهة ولان لفظ الشهادة شرط في اللعان
بالنص ولا يتحقق اللفظ من الاخرس بالاشارة وكذلك اذا كانت المراة خرساء
لا يجري اللعان بينهما لجواز التصديق لو كانت تنطق ... والحد لا يثبت
بالشبهة فكذا اللعان الذي قائم مقامه **قوله** وهذه الاشارة الى قذف الاخرس
قوله واذا قال الزوج ليس حملك مني فلا لعان وهذا لفظ القدوري وهو قول
ابي حنيفة وزفر رحمهما الله وقال ابو يوسف ومحمد ان جاءت بولد لاقل من ستة
اشهر لاعن وان جاءت لاكثر من ستة اشهر فلا لعان وهو قول ابي حنيفة الاول
كذا في شرح الاقطع وعن ابي يوسف يلاعن في الحال وهو قوله كذا في مختصر
الاسرار وهو قول مالك والشافعي وقال في شرح الاثار كان ابو يوسف
يقول بهذا القول مرة وليس بالمشهور منه وذلك لان هلال بن امية قذف
امراته بنفي الحمل وقد لاعن رسول الله بينهما ولابي يوسف ومحمد انها اذا اتت
بالولد لاقل من ستة اشهر من زمان القذف تيقنا بوجود الحمل عند القذف
فصار كالولد المولود بخلاف ما اذا اتت به لاكثر من ستة اشهر لانه حينئذ لا
يتيقن بوجود الحمل عند القذف ولهذا اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر
استحق الوصية والميراث دون الاكثر الا اذا كان الحمل من غير الميت ولابي
حنيفة رضي الله عنه ان نفي الحبل ليس بقذف في الحال لانه لا يدرى يقينا
فلعله ريح وكذا بعد الولادة لانه لم يوجد القذف حينئذ او نقول
اذا لم يكن قذفا في الحال للاحتمال صار كالمعلق بالشرط بان قال ان كان في بطنك
ولد فليس مني والقذف لا يحتمل التعليق بالشرط لان المعلق بالشرط عدم قبل
وجود الشرط ولا حاجة الى اثباته حكما الا وجود الشرط لعدم الحاجة الا ايجاب
الحد لان الحد يحتال لدرئها لا لاثباتها بخلاف الارث والوصية فانهما

يتوقف الى انفصال الولد ولا يتوقف القذف ولا نسلم ان هلالا قذف
امراته بنفي الحمل نعم انه قذفها وهي حامل ثم لا دليل على قذفها بنفي الحمل
يدل على هذا ما روي في السنن مسندا الى عكرمة عن ابن عباس ان هلال
ابن امية قذف امراته عند النبي صلى الله عليه بشريك ابن سحماء فقال
النبي صلى الله عليه البينة او حد في ظهرك قال يا رسول الله اذا راى احدنا
رجلا على امراته يلتمس البينة فجعل النبي صلى الله عليه يقول البينة والا
حد في ظهرك فقال هلال والذي بعثك بالحق انى لصادق ولينزلن الله عز
وجل في امري ما يبرئ ظهري من الحد فنزلت والذين يرمون ازواجهم
ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية بيانه انه قال اذا راى احدنا رجلا
على امراته فذلك يدل على انه كان قاذفا بصريح الزنا لا بنفي الحمل فافهم **قوله**
فان قال زنيت وهذا الحمل من الزنا تلاعنا وهذا لفظ القدوري
وتمامه فيه ولم ينف القاضي الحمل واما ثبت اللعان في هذه الصورة باتفاق
اصحابنا لانه قذفها بصريح الزنا وهما من اهل اللعان وانما لا ينفي القاضي
نسب الحمل عن ابيه لان قطع النسب حكم عليه ولا يترتب الاحكام
على الحمل ولانه قبل الانفصال ولهذا لا نحكم له باستحقاق الوصية
والميراث قبل الولادة وعند الشافعي ينفي القاضي نسبه لان النبي صلى الله عليه
نفى نسب ولد هلال عنه وكان قذفها حاملا فجوابه لا نسلم ان النبي صلى الله عليه
قطع نسبه عنه بل قال ان جاءت به كذا وكذا فهو لهلال وان جاءت
به كذا وكذا فهو للذي رميت به بيانه ان النبي صلى الله عليه جعل الولد لمن يشبهه
ان اشبهه والشبه لا يعتبر في باب اللعان بالاتفاق ولهذا لو كان
قذفها بنفي الولد في زمان يصح النفي فلاعنها وكان الولد اشبه الناس بالرجل
ينفي القاضي نسبه عنه ويلحقه بامه فاذا لا حجة للخصم في هذا الحديث
ولئن صح نفيه عن هلال فنقول ان النبي صلى الله عليه كان عرف
وجود

وجود الحبل يقينا زمان القذف بالوحي ولا يتحقق ذلك في حق غير النبي
صلى الله عليه على انا نقول قول النبي صلى الله عليه بسبيل التعليق لنسب
حكم بهلال قبل الولادة لان المعلق بالشي معدوم قبل وجوده فافهم **قوله**
واذا نفى الرجل ولد امراته عقيب الولادة او في الحالة التي تقبل التهنئة وتبتاع
آلة الولادة صح نفيه ولاعن به وان نفاه بعد ذلك لاعن ويثبت النسب
وقال ابو يوسف ومحمد يصح نفيه في مدة النفاس هذا لفظ القدوري
في مختصره **اعلم** ان اللعان يجري بينهما بنفي نسب الولد وان طالت
المدة لانه قذف زوجته بنفي الولد عن نفسه لكن الولد انما ينتفي ان
كان النفي بحضرة الولادة حين يولد او بعد ذلك بيوم او بيومين او نحو
ذلك ينتفي ولم يوقت ابو حنيفة في ظاهر الرواية بشيء غير هذا وروى
الحسن انه يصح نفيه الى سبعة ايام وقال ابو يوسف ومحمد الى مدة النفاس
اربعين يوما هذا اذا لم يقر بالولد فاما اذا اقر به صريحا او دلالة فلا يصح
النفي بعد ذلك سواء كان بحضرة الولادة او بعدها والصريح ان يقول
الولد مني او يقول هذا ولدي والدلالة ان يسكت اذا هني لكنه يلان
لهما ان مدة النفاس كحضرة الولادة بدليل سقوط الصوم والصلوة فكان
النفي في تلك المدة كالنفي حال الولادة ولابي حنيفة ره على رواية الحسن
ان النبي صلى الله عليه عق عن الحسن والحسين في اليوم السابع والعقيقة
شي يفعله الملتزم لنسب الولد ووجه ظاهر الرواية ان النفي لا يصح
الا بعد الولادة فيشترط حضرة الولادة وتقادم الزمان دليل الالتزام فلا يصح
النفي بعد ذلك وكان القياس ان لا يصح النفي الا عن فور الولادة كما قال
الشافعي في احد قوليه وفي قوله الاخر الى ثلاثة ايام لكن جعل نفيه صحيحا
بيوم او بيومين ونحو ذلك حتى يكون كلامه عن تروي وتفكر كيلا يكون مجازفا
استحسانا وانما لا يصح نفيه اذا مضى مدة التهنئة قبل النفي لان سكوته

في تلك المدة دليل الالتزام بالولد فبعد الاقرار بالنسب لا يصح الرجوع
عنه لتعلق حق الغير به وكذا قبول التهنئة او شراء آلة الولادة كان ذلك
دليل على التزام الولد قال الشافعي ابو حنيفة لم يوقت بل فوض الى الامام ثم قال
وحكي عنه انها عين ثلثة ايام **قوله** ولو كان غايبا قال في شرح الطحاوي
هذا اذا كان زوجها حاضرا واما اذا كان غايبا وقد بلغ اليه الخبر فبعد
بلوغ الخبر ان [illegible] على الاختلاف وبلوغ الخبر كحضرة الولادة فاما على
قولهما ان بلغ الخبر في مدة النفاس فالى تمام مدة النفاس وان بلغه الخبر بعد
الاربعين يوما روي عن ابي يوسف رحمه الله انه قال ان نفيه يصح الى تمام سنتين لانه
لما مضى مدة النفاس يعتبر مدة الرضاع وعن محمد انه قال ينتفي اذا نفاه بعد
بلوغ الخبر الى اربعين يوما قال شمس الايمة السرخسي رحمه الله في شرح
الكافي اذا مضى بولد الامة فسكت لم يكن قبولا بخلاف ولد المنكوحة
لان ولد الامة غير ثابت النسب منه فالحاجة الى الدعوة والسكوت
ليس بدعوة فاما نسب ولد المنكوحة ثابت له بالفراش فسكوته يكون
مسقطا حقه في النفي **قوله** قال واذا ولدت ولدين في بطن واحد
فنفى الاول واعترف بالثاني ثبت نسبهما اي قال القدوري في مختصره
اعلم ان المراة اذا ولدت ولدين لاقل من ستة اشهر فنفى الزوج احدهما
واعترف بالاخر ثبت نسبهما لا محالة سواء سبق النفي او الاعتراف لانهما
حمل واحد فاذا ثبت نسب احدهما بالاعتراف ثبت نسب الاخر لكن
اذا سبق النفي صار باقراره ثانيا مكذبا نفسه فيحد واذا سبق
الاعتراف لاعن بنفي الثاني ولا يحد لانه لم يوجد الكذاب النفي قال
الحاكم الشهيد في الكافي وان نفاهما ثم مات احدهما قبل اللعان لاعن على الحي وهما
ولداه وذلك لان الذي مات ثبت نسبه منه لانه يريه لو كان له
مال فاذا ثبت نسب الميت ثبت نسب الحي لانهما من ماء واحد ولا يمنع
جريان

جريان اللعان على الحي لانه لا يلزم من اللعان قطع النسب لا محالة الا ترى ان
لو ولدت ولدا ميتا فنفاه لاعن وثابت النسب الا ترى انه لو ضرب
انسان بطنها كان للوالد الميراث من الغرة فيثبت نسب الاخر ايضا لما
قلنا **قوله** ولو صح الاقرار بالعفة [illegible] على القذف هذا جواب سوال يقال
صرح بهما في شرح الاقطع فقال فان قيل فقد اكذب نفسه بالاعتراف
الاول فصار كما لو اكذب نفسه بالاعتراف الثاني قيل له التكذيب
قبل القذف لا يتعلق به الحد الا ترى انه متى قال متى قذفت هذه المراة
فانا كاذب قد قذفها ثم قذفها انه يلاعن ولا يحد لذلك هنا او نقول كانه اقر
بعفتها وقال هي عفيفة عن الزنا ثم قذفها بالزنا فلا يكون ذلك اكذابا لنفسه
فكذا هذا والله اعلم

باب العنين وغيره

لما كان للعنين نسبة بالنكاح والفرقة جميعا ذكر احكام العنين
وما شابهه من المجبوب ونحوه بعد الفراغ عن احكام النكاح والطلاق
جميعا لكن اخره عن ابواب الطلاق لكون العنة ونحوها من العوارض
قوله واذا كان الزوج عنينا اجله الحاكم سنة فان وصل اليها والا فرق
بينهما اذا طلبت المراة ذلك وهذه من مسايل القدوري وقال الحاكم الشهيد في
مختصر الكافي بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه قال يوجل
العنين سنة فان وصل الى امراته فهي امراته فان لم يصل اليها فرق بينهما وجعلها
تطليقة باينة وجعل لها المهر كاملا وجعل عليها العدة كاملة وبلغنا عن علي بن ابي
طالب رضي الله عنه نحو ذلك وقال الخصاف في كتاب ادب القاضي حدثني ابي
عن نوح بن دراج عن محمد بن اسحق عن خالد بن كثير عن علي بن ابي طالب قال
يوجل العنين سنة فان انتشر فسبيل ذلك والا فرق بينهما وابتغى كل واحد
منهما من فضل الله وقال حدثنا الفضل بن دكين قال حدثنا سفين الثوري عن
دكين ابن الربيع بن عميلة الفزاري عن ابيه وحصين بن قبيصة عن عبد الله

ابن مسعود رضي الله عنه قال يؤجل العنين سنة فان جامع والا فرق
بينهما وقال حدثنا الفضل بن دكين قال حدثنا سفين الثوري عن الركين
ابن الربيع بن عميلة الفزاري عن النعمان بن حنظلة عن المغيرة بن شعبة
انه اجل العنين سنة وقال حدثنا ابي الهانئ قال حدثنا حفص بن غياث
عن الاشعث عن الحسن عن علي قال يؤجل العنين سنة فان وصل اليها والا فرق
بينهما وقال حدثنا ابي عن هشيم عن محمد بن سالم عن الشعبي ان عمر بن الخطاب
كتب الى شريح ان يؤجل العنين سنة من يوم يرفع اليه الى هنا لفظ الخصاف
في ادب القاضي وقال الحاكم ولا يجوز اجل العنين الا عند السلطان تجوز قضاؤه
واذا ارتفعا اليه اجله سنة مستقبلة من يومئذ ان ادعى الزوج بعد مضي
السنة انه قد وصل اليها وانكرته فان كانت بكرا نظر النساء اليها و
يجزي الواحدة العدلة والثنتان والثلاثة افضل فان قلن هي بكر لم يصدق
الزوج وخير السلطان المراة فان فارقته كانت تطليقة باينة ولها المهر كاملا
وعليها العدة كاملة وان كانت ثيبا فالقول قوله مع يمينه انه وصل
اليها وكذلك ان كان يصل الى غيرها من نسايه وجواريه وان كان غشيها مرة
ثم انقطع عنها فلا خيار لها ابدا الى هنا لفظ الحاكم في الكافي كتبته تبركا به
اعلم ان العنين هو الذي لا يصل الى المراة اصلا بكرا كانت او ثيبا او يصل
الى الثيب دون البكر او يصل الى غيرها من نسايه وجواريه والحكم في الكل
واحد فان وجدت المراة زوجها عنينا فرضيت بالمقام معه يتركان على ذلك
لان السكن مقصود كالوطء وكذلك اذا تزوجت به وهي تعلم انه عنين حيث لا
يكون لها طلب الفراق لانها رضيت بالمقام معه اما اذا لم تعلم ولم ترض بالمقام
فلها المطالبة لانها حقها حينئذ يؤجل سنة وابتداء الاجل يعتبر من زمان
التاجيل وانما يؤجل سنة لما روينا عن عمر وعلي رضي الله عنهما وفي الموطا عن
سعيد بن المسيب انه كان يقول من تزوج امراة فلم يستطع ان يمسها فانه
يضرب له

يضرب له اجل سنة فان مسها والا فرق بينهما والفقه فيه ان المقصود
من النكاح العفة والاحصان لنفسها بقضاء شهوتها من زوجها الا انها لا
تستحق عليه الوطء في كل وقت لعجز الانسان عن ذلك فيؤجل سنة لابلاء
العذر لانه ربما لا يقدر على وطيها بسبب مرض من رطوبة او برودة او خوف
ذلك او بسبب سحر فيسترخي آلته بل لعله توافقه بعض فصول السنة
او يعالج في بعض فصولها فتزول تلك العلة وفي الاربع السنة تصلح لابلاء
العذر من بين حولا كما للافق عند ربانه ان الطب يعالج الضد فاذا
كان سبب الاسترخاء غلبة بعض العناصر الاربعة عليه يزول ذلك في فصل فيه
ضد ذلك العنصر فيقدر على الوصول لا محالة ان كان لآفة عارضة بيانه
ان السنة مشتملة على اربعة فصول الاول منها الربيع وهو ما اذا كان الشمس في الحمل
والثور والجوزاء وهو حار رطب على طبيعة الهواء والثاني الصيف
وهو ما اذا كان الشمس في السرطان والاسد والسنبلة وهو حار يابس على
طبيعة النار والثالث الخريف وهو ما اذا كان الشمس في الميزان
والعقرب والقوس وهو بارد يابس مثل طبيعة الارض والرابع الشتا
وهو ما اذا كان الشمس في الجدي والدلو والحوت وهو بارد رطب مثل
طبيعة الماء فاذا مضت السنة ولم يقدر على الوصول علم ان العجز
كان عن اصل الخلقة لآفة اصلية لا عارضة او هو متعنت مع القدرة على
الوطء فيتعين عليه الفراق لفوات المقصود فاذا لم يفارقها فرق القاضي
بينهما دفعا للظلم لانه هو المنتصب لدفع الظلم وكانت الفرقة باينة ليتحقق
دفعه اذ لا يحصل ذلك بالرجعي ثم اعلم انها اذا اختارت نفسها بعد مضي
السنة هل يقع الفرقة من غير تفريق الحاكم ام تحتاج الى التفريق ففيه
اختلاف الرواية عن اصحابنا قال صاحب المختلف فان اختارت نفسها
بانت منه في ظاهر الرواية ثم قال وروى الحسن عن ابي حنيفة انها اذا

اختيارت نفسها [illegible] القاضي بينهما [illegible] الفرقة من غير تفريق [illegible]
المزيد كذا ذكر الامام [illegible] في شرح الطحاوي وقال [illegible] في الاصل
بعد تاجيل السنة [illegible] يصدق الزوج [illegible]
المراة ان [illegible] اختارت فرقته وان فارقته
كانت تطليقة باينة ولم [illegible] الحاكم ايضا وقد مر ذلك وهذا يدل
انها اذا اختارت الفرقة وقع الطلاق وان لم يفرق الحاكم وقال الطحاوي
في مختصره وان اختارت فراقه فرق بينهما وهذا يدل على شرط تفريق
الحاكم [illegible] عامة اصحابنا ذكروا في كتبهم كمبسوط شمس الائمة السرخسي
ومبسوط صدر الاسلام البزدوي والشامل وشروح الجامع الصغير للامام فخر الاسلام
البزدوي والصدر الشهيد والامام العتابي والتحفة وغيرها وشرطوا
تفريق القاضي وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله وعن ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله في غير رواية الاصول انها كما اختارت نفسها وقعت الفرقة بينهما اعتبارا
بالمخيرة بتخيير الزوج او بتخيير الشرع كالمعتقة وقال الخصاف في ادب القاضي
وان كان القاضي لما خيرها وهي بكر اختارت الفرقة فانها لا يكون فرقة حتى
يفرق القاضي بينهما الا هنا لفظه ثم انما لا يكون لها الخيار اذا غشيها مرة لتاكد
البدل وثبوت صفة الاحصان بالمرة الواحدة **قوله** ولان الحق ثابت
في الوطء ولهذا لا يجوز العزل بدون اذنها والاختلاف في الامة المنكوحة
قال ابو حنيفة الاذن في العزل الى المولى وقالا اليها وقد مر في باب نكاح الرقيق
قوله لكن النكاح لا يقبل الفسخ عندنا يعني بعد تمام العقد اما قبل تمام
العقد فيقبل ذلك كما في خيار البلوغ وخيار العتاقة لان ذلك امتناع من تمام
العقد **قوله** لو لم يكن باينة تعود معلقة بالمراجعة اي لو لم تكن الفرقة
باينة فراجعها الرجل بعد الفرقة ترجع المراة الى حالها الاولى وهي كونها
معلقة والمعلقة لا ذات زوج ولا ايم اما الاول فلفوات المقصود وهو الوطء
واما

واما الثاني [illegible] لانها ليست [illegible] وهو المقصود من
تفريق العنين **قوله** [illegible] خلا بها [illegible] الا ان خلوة العنين
صحيحة [illegible] المراة [illegible]
عليه البدل [illegible] قضاء عمر [illegible] عنهما [illegible]
[illegible] من اخوانا [illegible] قبلكم [illegible]
[illegible] وقد مر في باب المهر وهو المراد من قوله [illegible]
شريح وان طاوس تجب على العنين نصف الصداق [illegible]
قولهما في ادب القاضي وقد حدث الخصاف عن [illegible]
عن قتادة عن سعيد ابن المسيب عن عمر رضي الله عنه انه اجل العنين سنة
فان اتاها والا فرق بينهما ولها الصداق كاملا فاذا صح هذا عن عمر من
غير نكير من احد من الصحابة صار اصلا في انه يوجل سنة وان لها الصداق
كاملا **قوله** هذا اذا اقر الزوج انه لم يصل اليها اي تاجيل العنين سنة والتفريق
بعد السنة فيما اذا كان الزوج مقرا في الابتداء بانه لم يصل اليها اما اذا
اختلفا فقال الزوج وصلت وقالت المراة لم تصل الي فلا تخلو من احد
الامرين اما ان كانت المراة ثيبا او بكرا فان كانت ثيبا فالقول قول
الزوج مع اليمين لان الزوج منكر في الحقيقة وان كان مدعيا للدخول صورة
فالقول قول المنكر مع اليمين فلو حلف لا يبقى لها خيار ولو نكل يوجل سنة
وان كانت المراة بكرا يريها القاضي النساء فالواحدة العدلة تكفي والاثنتان
احوط فان قالت هي بكر فالقول قول المراة من غير يمين لان البكارة مما لا
يطلع عليه الرجال لكن لها بينة القابلة في التشخيص الشرعي فيوجل سنة وان
قالت العدلة هي ثيب فالقول قوله مع يمينه لان شهادتها تقوت بيمين
الرجل فلا خيار لها اذن وان نكل يوجل العنين سنة وتخير المراة بعد
ذلك فان اختارت نفسها بقول القاضي للزوج فارقها فان فعل والا فرق القاضي

بينهما قال في شرح الطحاوي فان وقع الشك للنساء في امرها قلنا تمتحن بعض النساء
بعضهم نومها بان تبول على الجدار فان اشكلها ان ترمي ببولها الى الجدار في بكر والا في
ثيب وقال بعضهم تمتحن ببيضة فان دخلت فيها في ثيب والا في بكر **قوله** و
ان كان مجبوبا فرق القاضي بينهما في الحال وذلك لانه لا يرجا منه الوطئ فلا
فائدة في التاجيل لا ثلاثة العذر ولانه مقطوع الالة **قوله** والخصي يوجل
كما يوجل العنين وذلك لانه ربما يحصل منه الوطئ فكان حكمه حكم العنين **قوله**
واذا اجل العنين سنة الى اخره اعلم ان الزوجين اذا ترافعا الى القاضي وقد اختلفا
في الوصول نظر فيها القاضي النساء فان شهدت القابلة بالبكارة خيرت
لان شهادتها تايدت بالبكارة وان شهدت بالثيابة فالقول قول
الزوج مع اليمين فان حلف فلا خيار لها وان نكل خيرت لان دعواها تايدت
بنكول الرجل فان اختارت الزوج او قامت من مجلسها او اقامها اعوان القاضي
او قام القاضي قبل ان تختار شيئا بطل خيارها لان هذا بمنزلة تخيير الزوج
امراته وذلك يتوقت بالمجلس فهذا مثله فان اختارت نفسها في المجلس
يوم من الزوج بالتفريق فان ابى فرق القاضي **قوله** وان كانت ثيبا في الاصل
فالقول قوله مع يمينه وقد ذكرناه اراد به قوله قبل عشرة خطوط فالقول
قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق حق الفرقة والاصل هو السلامة
في الجبلة **قوله** وفي التاجيل يعتبر السنة القمرية هو الصحيح اطلق محمد في
الاصل ولم يقيد بالقمرية والشمسية وقال في شرح الطحاوي وتعتبر سنة قمرية
بالاهلة في ظاهر الرواية وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة رضي الله عنه
انه يعتبر سنة شمسية وهي تزيد على القمرية بايام وذهب شمس الائمة
السرخسي رحمه الله في شرح الكافي الى رواية الحسن اخذا بالاحتياط
كذلك صاحب التحفة لانه ربما يكون موافقة العلاج في الايام التي تقع التفا
التفاوت فيها بين السنة الشمسية والقمرية وهذا هو المختار عندي لانه
احوط

احوط وقال الولوالجي في فتاواه العنين يوجل سنة قمرية لا شمسية
هو الصحيح لان المنطوق هي السنة والسنة تنصرف الى القمرية مطلقا
وهي اقل من الشمسية باحد عشر يوما وذكر في المنشور ان التفاوت
بينهما احد عشر يوما وشي واعطانا ذلك ابو الفضل المقدسي في
شرح السنتين حتى يكون المبتدي والمنتهي على تعيين بينهما اعلم
ان السنة القمرية هي التي تعرف بالاهلة اولها شهور المحرم الى ذي الحجة وهي
اثنا عشر شهرا فالسنة ثلثمائة واربعة وخمسون يوما وثلث يوم فستة اشهر
من السنة يجي كل واحد منها ثلثين يوما كاملا والستة الاخرى ناقصة كل
واحد منها تسعة وعشرون يوما والقمرية هي المعروفة عند الناس اما الشمسية
هي ان الشمس اذا كانت في موضع من البروج فاذا انتهت الى ذلك الموضع تكون
سنة كاملة بيانه مثلا ان الشمس اذا كانت في اول نقطة من الحمل وقطعت فلك
البروج وهو ثلثمائة وستون درجة وانتهت الى اخر الحوت الى اول نقطة من
الحمل الذي كانت منه بدات تكون سنة كاملة قال ابو معشر البلخي في المدخل
الكبير ان مقدار سنة الشمس ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم غير
جزء من ثلثمائة جزء من يوم على ما زعم بطلميوس ذكره في الفصل الخامس
من المقالة الثانية اما كوشيار فقد ذكر في الزيج مفصلا ولم يستثن جزءا من
ربع يوم وذكر اياما بالسرياني مفصلا فقال تشرين الاول احد وثلثون يوما
تشرين الثاني ثلثون يوما كانون الاول احد وثلثون يوما كانون الثاني
احد وثلثون يوما **سباط ثمانية وعشرون يوما** وربع يوم اذار احد
وثلثون يوما نيسان ثلثون يوما ايار احد وثلثون يوما حزيران
ثلثون يوما تموز احد وثلثون يوما اب احد وثلثون يوما ايلول
ثلثون يوما فالسنة ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم **والباقي**
يعلم في موضعه ان شاء الله تعالى **قوله** وتحتسب بايام الحيض وشهر

رمضان الواقعة في مدة التاجيل ايام اخر بل هي محسوبة من مدة التاجيل وذلك
لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التاجيل بسنة ولم يستثنوا منها ايام
الحيض وشهر رمضان مع علمهم ان السنة لا تخلو عنها **قوله** ولا تحتسب بمرضه
ومرضها لان السنة قد تخلو عنهما عن المرض فلا يكون زمان المرض محسوبا
من مدة التاجيل قليلا كان المرض او كثيرا بل يعوض له ذلك من ايام اخر لان السنة
تخلو عنه فلم يكن بمنزلة ايام الحيض وشهر رمضان وعلى هذا فتوى المشايخ في الفتاوى
وذكر شمس الائمة السرخسي في مبسوطه عن ابي يوسف روايتين في احداهما اذا
كان المرض اكثر من نصف الشهر لا تحتسب مدة المرض على الزوج وان كان
دون ذلك تحتسب عليه بالقياس على ايام رمضان فان في الشهر يمتنع عليه
غشيانها ثم ذلك محسوب عليه فعرفنا ان نصف الشهر وما دونه عفو وفي
الرواية الاخرى اذا كانا صحيحين في شيء من السنة ولو في يوم واحد تحتسب
عليه بزمان المرض وعلى قول محمد ان مرض احدهما فيما دون الشهر تحتسب
عليه بذلك وان كان المرض شهرا لا تحتسب ويزاد في مدته بقدر مدة المرض
وان احرمت بحجة الاسلام تحتسب على الزوج مدة الخروج لانه لا يقدر على
ان تحللها بخلاف ما اذا احرم الزوج حيث تحتسب عليه لان العجز جاء من قبله
وان كان الرجل محبوسا في السجن او محبوسا بمهرها فامتنعت من اتيانها الى
المجلس لا تحتسب عليه تلك الايام وان لم تمتنع المراة وكان ثمة خلوة تحتسب
لان العجز جاء من قبله ولو كانت محبوسة في حق وكان يمكنه الخلوة معها
تحتسب عليه تلك الايام والا فلا ولو هربت لا تحتسب عليه تلك المدة
بخلاف ما اذا غاب الزوج حيث تحتسب عليه بذلك لان العجز من
جهته قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي في الخنثى اذا كان
يبول من مبال الرجال فهو رجل تجوز له ان تتزوج امراة فان لم يصل اليها
اجل كما يؤجل العنين لان رجاء الوصول متحقق وان كان يبول من مبال النساء
فهي امراة

فهي امراة فاذا تزوجت رجلا لم يعلم بحالها ثم علم بذلك فلا خيار للزوج لان
الطلاق في يده وهو نظير الرتقاء وقال شمس الائمة البيهقي رحمه الله الشامل
لو زوج خنثى من خنثى وهما مشكلان على ان احدهما رجل والاخر امراة وجب
الوقف في النكاح حتى يتبين فان ماتا قبل التبين لم يتوارثا وفيه ايضا مات
رجل فاقام رجل بينة انه كانت امراته وكانت تبول من مبال النساء وامراة انه
كان زوجها وكانت تبول من مبال الرجال لا يقضى لاحدهما الا ان ذكرت احدى
البينتين وقتا اقدم فيقضى له وهذه من مسائل كتبناها تكثيرا للفوايد **قوله** و
اذا كان بالزوجة عيب فلا خيار للزوج هذا لفظ القدوري في مختصره
اعلم ان اصحابنا اتفقوا على ان النكاح لا ينفسخ بعيب كان في المراة وقال
الشافعي يفسخ بعيوب خمسة وهي الجذام والبرص والجنون والرتق
والقرن والجذام علة ردية تحدث من انتشار المرة السوداء في البدن كله
فيفسد مزاج الاعضاء وهيئتها وربما افسدت في اخرها فتتاكل الاعضاء و
تسقط سقوطا عن تقرح وينتثر الشعر وتظهر البحوحة وليستدير
الحدقة والبرص بياض يظهر في ظاهر البدن يكون في بعض الاعضاء
دون بعض وربما كان في سائر الاعضاء حتى يصير لون البدن كله ابيض و
سببه سوء مزاج العضو الى البرودة وغلبة البلغم والباقي يعرف موضعه
والجنون زوال العقل يقال امراة رتقاء اذا كانت لا يستطاع بان لا يكون لها ثقب
سوى المبال والرتق بتحريك التاء وهو مصدر قولك امراة رتقاء بينة الرتق
لا يستطاع جماعها لارتتاق ذلك الموضع منها كذا في الصحاح والقرن
بسكون الراء مانع يمنع سلوك الذكر فيه من عظم وغيره كذا قال صاحب المغرب
ثم عند الشافعي اذا ردها الزوج بتلك العيوب انفسخ العقد ولا مهر لها
قبل الدخول وان كان دخل بها قبل العلم بالعيب فلها مهر مثلها ويرجع به على
زوجها كذا في شرح الكافي للسرخسي وجه قوله ان النبي صلى الله عليه تزوج

امراة من بني بياضة فوجد بكشحها بياضا فردها وقال دلستم علي
وعن عمر رضي الله عنه انه اثبت الخيار للزوج بهذه العيوب ولان المقصود
من النكاح قضاء الشهوة طبعا وثبوت النسب شرعا وهذه العيوب تخل
بالمقصود حسا او طبعا اما حسا ففي القرن والرتق واما طبعا ففي البرص
والجذام والجنون لان الطباع السليمة تنفر عمن به هذه العيوب وربما
تسري الى الولد بخلاف العمى والشلل فانهما لا اخلال بالمقصود فاذا
ثبت الخلل في المقصود ثبت خيار الفسخ كخيار المراة اذا وجدت
زوجها مجبوبا او عنينا ولنا ما روى محمد في الاصل بقوله بلغنا عن علي
ابن ابي طالب رضي الله عنه انه قال اذا تزوج المراة فوجد بها قرنا او برصا او
جذاما او جنونا فالنكاح جائز لازم ان شاء طلق وان شاء امسك وقال
ابن مسعود لا ترد الحرة عن عيب وبهذا علم ان المراة من رد النبي صلى الله عليه
مردودة بالطلاق ولذا اثبات عمر رضي الله عنه الخيار والمراد منه خيار
الطلاق وهذا لان النكاح لا يحتمل الفسخ بالاقالة فلا يفسخ بهذه العيوب
كما لا ينفسخ بالعيوب الاخر من الزمانة والجرب والبخر والذفر والعمى والشلل
لان المستحق بالعقد وهو ملك الوطء حاصل في جميع الصور والفسخ بعدم
الكفاءة وخيار البلوغ لا يرد علينا لان ذلك فسخ قبل تمام العقد وكذلك
الفسخ بخيار العتاقة لان ذلك امتناع عن ازدياد الملك عليها قبل التمام ولا نسلم
خلل المقصود بتلك العيوب حسا لان الوطء يتحقق في صورة البرص والجنون
والجذام وكذا في الرتق والقرن ايضا لان الوطء يمكن بالفتق والشق وقد
شاهدنا ذلك في بعض امصار العراق حيث تزوج بواب المدرسة امراة فوجدها
رتقا ففتقتها النساء فوصل اليها فلو كان لنفرة الطبع اثر في الفسخ لثبت الفسخ في
البخر والذفر والقروح الفاحشة فعلم انه لا اثر لها اصلا لان حقه الاستيفاء
ثمرته وفوتها لا يؤثر في فسخ النكاح ولهذا اذا مات احد الزوجين بعد عقد
النكاح

النكاح يفوت الاستيفاء ولا ينفسخ النكاح ولهذا لا يسقط شيء من المهر
والجب والعنة لا يثبت [illegible] حق المطالبة بالامساك
بالمعروف فاذا فات ذلك تعين التسريح [illegible] قوله لان الاستيفا
من الثمرات اي لان استيفاء المقصود من ثمرات النكاح وقد مر بيانه قوله
واذا كان بالزوج جنون او جذام او برص فلا خيار لها عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد لها الخيار وهذه من مسائل القدوري ايضا وجه قوله انه تعذر
الوصول الى حقها فكان لها الخيار في رده كما في الجب والعنة ولنا ان المقصود
هو الوطء وحل الاستمتاع وتحصل ذلك من المجنون والمجذوم والابرص غاية ما
في الباب ان النفرة تحصل طبعا وبذلك لا يثبت حق الرد كما في البخر والذفر
والقروح الفاحشة بخلاف الجب والعنة فان المقصود ثمه فايت اصلا
والزوج في امساكها من غير حاجة ظالم فيجب دفع الظلم وهنا حاجته صا
دقة وليس بظالم ولان بهذه العيوب لا يتم الرضا ولا يعتبر تمامه في
باب النكاح الا ترى ان احد الزوجين اذا شرط على صاحبه صفة الجمال
او البكارة فظهر بخلاف ذلك لا يثبت الخيار ولهذا لو تزوجها بشرط
انها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاء لها شق مايل وعقل زايل
ولعاب سايل لا يثبت له الخيار قوله خلافا لمحمد اي الخلاف فيما اذا كان
الضرر يحصل في جانبه من جهة المراة بان وجدت هذه العيوب فيها
لان الزوج يقدر على دفع هذا الضرر بالطلاق ولا يقدر المراة على دفع
الضرر اذا لم تكن لها حق الرد قوله بالمقصود المشروع له النكاح اي بالمقصود
الذي شرع النكاح لاجله وذلك المقصود هو الوطء قوله فافترقا اي افترق
المقيس وهو الجنون والبرص والجذام والمقيس عليه وهو الجب والعنة والله اعلم

باب العدة لما كانت العدة اثر الفرقة بين

الزوجين ذكرها بعد ذكر انواع الفرقة من الطلاق والايلاء والخلع واللعان

واللعان وفرقة العنين والمجبوب وغير ذلك لان الاثر يتقرر المؤثر ولا
بحالة قال الجوهري عدة المراة ايام اقرائها وقيل في شرح الاقطع
هو التربص الذي تلزم المراة بزوال النكاح او شبهته ثم اعلم ان العدة على
اربعة عشر وجها عدة بثلاثة قروء وعدة بقرئين وعدة بثلاثة
اشهر وعدة بشهر ونصف وعدة باربعة اشهر وعشرة ايام وعدة
بشهرين وخمسة ايام وعدة بثلاث حيض والى بعد اشهر وعشر و
عدة بوضع الحمل او الى سنتين اشهر وعدة الى ستين سنة وثلاثة اشهر
وعدة الى شهرين وتسعة وعشرين يوما وثلاثة حيض بعدها وعدة
بجميع العمر وعدة بثلاث حيض الا يوما واربعة اشهر وعشر بعده وعدة
بقرئين الا يوما وشهرين وخمسة ايام بعده وعدة بثلاث حيض في الحيوة
والوفاة اما عدة الاولى فعدة الحرة المطلقة ذات الحيض واما الثانية
فعدة الامة المطلقة اذا كانت من ذوات الحيض واما الثالث فعدة الحرة
المطلقة التي لا تحيض صغيرة كانت او كبيرة واما الرابعة فعدة
الامة المطلقة التي لا تحيض صغيرة كانت او كبيرة واما الخامسة فعدة
المراة المتوفى عنها زوجها واما السادسة فعدة الامة المتوفى
عنها زوجها واما السابعة فيتصور في اربعة مواضع فيمن طلق زوجته
الحرة طلاقا باينا وهو مريض ثم مات في عدتها ترث منه اذا كان له امراتان
او ثلاث او اربع فقال احداكن طالق ثم مات قبل البيان يجب على كل واحدة
منهن اربعة اشهر وعشر تستكمل فيها ثلاث حيض او ام ولد لرجل في منكوحة
لاخر فمات المولى والزوج وبين موتهما شهران وخمسة ايام ولا يعلم
ايهما مات اولا فعدتها اربعة اشهر وعشر تستكمل فيها ثلاث حيض وان
لم يعلم ان بين موتهما كم كان ولا من مات اولا فعدتها اربعة اشهر وعشر
تستكمل فيها ثلاث حيض عند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وعند ابي حنيفة
عدتها

... ات اربعة اشهر وعشر لا حيض فيها وكذلك ان علم ان بين موتهما اقل
من شهرين وخمسة ايام فعدتها اربعة اشهر وعشر لا حيض فيها بلا خلاف
وان مات المولى اولا وهي تحت زوج او في عدة منه من طلاق
رجعي ثم مات الزوج تعتد باربعة اشهر وعشر وان كانت العدة من
طلاق باين لا يلزمها عدة الوفاة واما الثامنة فعدة الطلاق والوفاة
والفراق بوضع الحمل اذا كانت حاملا فان جاءت بالحمل لسنتين من يوم طلقها
ثبت نسبه وتنقضي العدة بوضع الحمل وان جاءت به لاكثر من سنتين بيوم
لا يثبت نسبه ويحكم بانقضاء عدتها من ستة اشهر وتسترد نفقتها ان كانت
قبضتها في قول ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما وقال ابو يوسف تنقضي عدتها بوضع الحمل
وان لم يثبت نسبه واما التاسعة فهي ان ينقطع حيضها بعد الطلاق
تصبر الى ان تصير سنها ستين سنة ثم تعتد بثلاثة اشهر ثم تتزوج وكذلك لو اعتدت
بقرئين ثم انقطع الحيض تصبر الى ان يصير سنها ستين سنة ثم تعتد بثلاثة
اشهر ان كان عادة امهاتها واخواتها انقطاع الحيض قبل ستين سنة يؤخذ
بعادتهن وان كانت عادتهن انقطاع الدم بعد ستين لا يؤخذ بذلك ويؤخذ
بستين واما العاشرة فهي صغيرة طلقها زوجها فمضت ثلاثة اشهر الا يوما
ثم حاضت فلم تحض ثلاث حيض لا تنقضي عدتها او كانت ايسة فاعتدت
بثلاثة اشهر الا يوما ثم حاضت فلم تحض ثلاث حيض لا تنقضي عدتها واما
الحادي عشر امراة المفقود ما لم تمت اقرانه في جها لا يرتفع النكاح قال بعضهم
الى مائة سنة وقال الى مائة وعشرين سنة واما الثانية عشر فرجل بعضهم
طلق امراته طلاقا رجعيا فاعتدت بثلاث حيض الا يوما فمات الزوج يلزمها
اربعة اشهر وعشر واما الثالثة عشر فرجل طلق امراته الامة
رجعية فاعتدت بقرئين الا يوما فمات زوجها يلزمها شهران وخمسة
ايام واما الرابعة عشر فرجل اعتق ام ولده او مات عنها او وطئ

امة في نكاح فاسد او شبهة عقد ففرق بينهما او مات عنها فعدتها
ثلاثة اقراء فان ايست ام ولد او الموطوءة في نكاح فاسد او شبهة عقد من
صغير او كبير فعدتها ثلاثة اشهر في الوفاة والحياة جميعا كذا ذكر الفقيه ابو
الليث في خزانة الفقه **قوله** واذا طلق الرجل امراته طلاقا باينا او رجعيا خزانة
او وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق وهي حرة ممن تحيض فعدتها ثلاثة اقراء
وهذا لفظ القدوري في مختصره لم يذكر قوله او رجعيا في هذا الموضع في الشرح النسفي
لان الطلاق الرجعي مر حكمه ومقدار عدته في باب الرجعة واراد بالفرقة
بغير طلاق الفرقة بخيار البلوغ والعتاقة وعدم الكفاءة وملك احد الزوجين
صاحبه والفرقة في النكاح الفاسد والردة والاصل في ذلك قوله تعالى
والمطلقات يتربصن بانفسهن ثلاثة قروء والفرقة بغير طلاق في معناها حكم
الطلاق في العدة لانها فرقة طارية على النكاح فصارت كالطلاق
ولان العدة موضوعة لمعنى تعرف براءة **الرحم** حتى لا يشتبه النسب وهذا
بالمعنى يشمل الجميع لكن هذا فيما اذا كانت المراة مدخولة اما اذا لم يكن مدخولة
فلا عدة عليها سواء كانت الفرقة بطلاق او غير طلاق وذلك لقوله تعالى فان
طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها والخلوة جعلت
كالدخول فاسدة كانت او صحيحة في حق العدة احتياطا استحسانا لتوهم
الشغل وقد مر بيانه في باب المهر **قوله** وهذا يتحقق فيها اي التعرف عن براءة الرحم
يتحقق في الفرقة بغير طلاق **قوله** والاقراء الحيض عندنا هذا لفظ القدوري
وقال الشافعي الاقراء الاطهار ويتصور الخلاف فيما اذا طلقها في الطهر فعنده ينقضي
العدة كما ترى قطرة من الدم من الحيضة الثالثة وعندنا لا تنقضي ما لم تطهر منها وقد
روي عن عمر وعلي وعبد الله وابي موسى رضي الله عنهم ان الاقراء الحيض وروي عن
زيد بن ثابت وابن عباس وابن عمر وعايشة ان الاقراء الاطهار كذا ذكر ابو بكر
الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي اعلم ان القرء مشترك في لغة العرب
جاء لمعنى

جاء لمعنى الحيض والطهر جميعا كذا قال ابن السكيت وغيره من اهل اللغة في كتاب
الاضداد وشهرته بحيث لا ينكره احد الا من لا يعرف اللغة ولا يعتنى بجهالته و
القرء بفتح القاف كذا قال الجوهري وجمعه اقرؤ وقروء كذا قال القتبي
وذكر في الكشاف ضم القاف ايضا ثم المشترك لا يتم له في موضع الاثبات وانما
يترجح احد الوجهين بالدليل وجه قول الشافعي ان النبي صلى الله عليه قال لعمر
رضي الله عنه حين طلق ابن عمر امراته وهي حايض مره ان يراجعها ثم ليتركها
حتى تطهر ثم ليطلقها ان شاء ذلك بيانه ان النبي صلى الله عليه امره ان يطلقها
في الطهر لا الحيض فدل على ان الاقراء هي الاطهار يدل عليه قول الاعشى افي كل عام
انت جاشم غزوة تشد لاقصاها عزيم عزايكا ∴
مورثة مالا وفي الحي رفعة لما ضاع فيها من قروء نسايكا ∴ بيانه ان المراد من
القرء الاطهار لانه مدح رجلا بغزوة حيث اضاع قروء نسايه اي اطهارهن
باشتغاله بالغزو ولم يغشهن وهذا لان النساء لا يجامعن الا في الاطهار وفيه نظر
لان القروء تجيء في لغة العرب بمعنى الوقت يقال رجع فلان لقرئه اي
لوقته الذي كان يرجع فيه وكذا القاري جاء بمعنى الوقت كذا ذكر القتبي
والجوهري وصاحب الكشاف فعلى هذا يكون المراد من المذكور في البيت
مطلق الوقت لا حيضا ولا طهرا قال مالك بن الحارث الهذلي ∴
كرهت العقر عقر بني شليل ∴ اذا هبت لقاريها الرياح ∴ اي لوقت هبوبها
وشدة بردها ∴ العقر قصر او مكان كذا قيل في شرح البيت وشليل من
بجيلة وهو جد جرير بن عبد الله البجلي وانما كرهه لانه قوتل فيه **ولنا**
ما روي في السنن والجامع الترمذي مسندا الى عدي بن ثابت عن
ابيه عن جده عن النبي صلى الله عليه المستحاضة تدع الصلوة ايام اقرايها
التي كانت تحيض فيها بيانه ان المراة تترك الصلوة ايام الحيض لا الطهر فلما
كان الاختلاف في اللغة في معنى القروء رجعنا الى لغة النبي صلى الله عليه وسلم

وروي في السنن بسنده الى عايشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال طلاق الامة
تطليقتان وقروها حيضتان روي وعدتها حيضتان بيانه ان المعنى
العدة لو كان الطهر لقال عليه السلام وعدتها طهران فدل على ان المراد
من المذكور بالاية هو الحيض لا الطهر ولان الله تعالى قال في عدة الايسة و
اللاتي يئسن من المحيض الاية وجعل عدتهن بالاشهر فجعل الشهر خلفا عن
الحيض فلو كان القرء في العدة هو الطهر لقال تعالى يئسن من الطهر
ولم يقل يئسن من المحيض ولان الثلثة اسم خاص لعدد معلوم فلا ينطلق
اسم الثلثة على ما دونها كما يقال رايت ثلاثة رجال فلا يجوز ان يراد رجلان
وليس هذا كقوله تعالى الحج اشهر معلومات فالمراد شهران وبعض الثالث
لانا لم نخصها بعدد وانما ذكرها بلفظ الجمع والاقراء مخصوصة بعدد وهو
الثلثة فعلى ما قال الشافعي يلزم ابطال العدد المنصوص فلا يجوز لان
الطهر الذي وقع فيه الطلاق محسوب عند الشافعي فيكون العدة طهرين
وبعض الثالث ولا يقال ثلاثة اطهار موجودة فلا يلزم بطلان العدد لانا
نقول المراد من الطهر هو الكامل منه وهو ما بين الدمين بدلالة الاجماع لانه
لو لم يكن كذلك لحصلت ثلاثة اطهار في ثلاثة ايام بل في ثلاث ساعات وذلك
لا يعتبر بالاجماع ولانه روي في شرح الاثار بسنده الى عمر وعلي ومعاذ بن
جبل وابي الدرداء وزيد بن ثابت رضي الله عنهم فيما اذا طلق الرجل امراته
انهم كانوا يجعلون له الرجعة حتى تغتسل من حيضتها الثالثة فعلم انهم
جعلوا الاقراء الحيض يدل على هذا قول الراجز ايضا يا رب ذي ضغن
وضب فارض له قروء كقروء الحايض والضب هنا بمعنى الحقد بيانه انه
اضاف القروء الى الحايض لا طهر للحايض يريد ان عداوته تهيج فتجتمع كحيض
الحايض في اوقات معلومة ولان المقصود تعرف براءة الرحم وذلك يحصل
بالدم لا بالطهر الجواب عما تمسك بحديث ابن عمر فنقول روى البخاري
الحديث

الحديث في الصحيح اتم منه فقال حدثنا اسمعيل بن عبد الله قال حدثني
مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه طلق امراته وهي حايض
على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسال عمر بن الخطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن ذلك فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم
تحيض ثم تطهر ثم ان شاء امسك بعد وان شاء طلق قبل ان يمس فتلك العدة
التي امر الله ان يطلق لها النساء بيانه ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يجوز الطلاق في الطهر
الذي بعد المراجعة بل اعتبر الطهر الثاني الذي بعد الحيضة الفاصلة
بين الطهرين فعلم ان المراد من القرء هو الحيض لا الاطهار [illegible]
بيانا به اي يلحق قوله عليه السلام طلاق الامة تطليقتان وعدتها
حيضتان بالكتاب بيانا اي من حيث البيان بيانه ان الخبر الواحد
وان كان لا يصلح الزيادة به على كتاب الله تعالى يصلح بيانا لما في الكتاب
من الاجمال او الاشتراك فكان قوله عليه السلام وعدتها حيضتان
بيانا للمشترك في قوله تعالى ثلاثة قروء فكانت الحيض هي المرادة **قوله**
وان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدتها ثلاثة اشهر هذا لفظ القدوري في
مختصره والاصل فيه قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن
ثلاثة اشهر واللائي لم يحضن اي المعنى واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة اشهر
لكن حذف لدلالة المذكور ان ارتبتم اي شككتم في دم البالغات مبلغ الياس
انه دم الحيض او دم الاستحاضة واذا كانت عدة المرتابات هذه فغيرها
اولى وروى البخاري عن مجاهد قال ان لم تعلموا اتحيض ام لا تحيض قال الولوالجي
في فتاواه اذا وجبت العدة بالشهور عن الطلاق والوفاة فان اتفق ذلك
في خلال الشهر فعند ابي حنيفة في احدى الروايتين عن ابي يوسف يعتبر ذلك
عدد الايام تسعون يوما في الطلاق ومائة وثلثون يوما في الوفاة لانا
نعتبر الشهر الاول بالايام فكذا ما بعده لانه بناء عليه وعند محمد وهو قول

ابي يوسف الاخر كذا في التحفة تحتسب الشهر الاول بالايام وبقية من
الشهر الاخير وباقي الشهور بالاهلة لان الاصل هو الاهلة ولا خلاف في الايقاع
اذا اول الشهر حيث يعتبر الشهور بالاهلة ناقصة كانت او كاملة وكذا
لا خلاف في حق تفريق الطلاق حيث يعتبر بالايام وكذلك الشهور يوما فيوما
الخلاف في حق انقضاء العدة كذا قال شمس الائمة السرخسي رح **اعلم ان في**
حد الاياس خلافا ذكره في الفتاوى الصغرى وقال حد الاياس غير مقدر
بشيء وفي رواية مقدر فان رأت بعد ذلك دما هل يكون حيضا ففي الرواية
التي لم يقدر الاياس بشيء يكون حيضا وقال بعضهم يكون حيضا على الروايات
اجمع لان الحكم بالاياس كان بالاجتهاد فاذا رأت الدم والنص يقتضي
كونه حيضا وجد النص بخلاف الاجتهاد فبطل الحكم بالاياس الذي ثبت
بالاجتهاد لكن هذا اذا رأت دما اسود او احمر اما اذا رأت اصفر او اخضر
لا يكون حيضا لان كونه حيضا بالاجتهاد فلا يبطل به حكم الاياس الثابت
بالاجتهاد ثم على رواية التقدير اختلفت الروايات قال محمد في الروميات
خمس وخمسون سنة وفي المولدات ستون سنة لان الترك ومثالهن اسرع
تكسرا وعن ابي حنيفة من خمس وخمسين الى ستين وقال محمد بن مقاتل خمسون
سنة وهكذا روي عن عايشة رضي الله عنها وهكذا قال ابن المبارك وسفيان
الثوري وقال الزعفراني خمسون واختار في الفتاوى الصغرى والولوالجي
وخلاصة الفتاوى خمسا وخمسين سنة **قوله** وكذا التي بلغت بالسن ولم
تحض باخر الاية يعني ان المراة اذا لم يوجد منها علامة البلوغ من الحيض
والحبل فيحكم عليها بالبلوغ بالسن خمس عشرة سنة على قول ابي يوسف ومحمد
رضي الله عنهما وبسبع عشرة على قول ابي حنيفة رضي الله عنه فطلقها زوجها
يكون عدتها ثلثة اشهر لانها داخلة تحت قوله تعالى واللائي لم يحضن لانها لم
تحض بعد قال في تتمة الفتاوى اختلف مشايخنا في وجوب العدة على الصغيرة
واكثرهم

واكثرهم لا يطلقون لفظ وجوب العدة لانها غير مخاطبة لكن ينبغي ان يقال
تعتد وقال في المبسوط للسرخسي قال بعض علمائنا هي لا تخاطب
بالاعتداد ولكن الولي يخاطب بان لا يزوجها حتى تنقضي مدة العدة
مع ان العدة مجرد مضي المدة فثبوتها في حقها لا يؤدي الى توجيه خطاب
الشرع عليها **قوله** وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها وهذا لفظ
القدوري رح اي ان كانت المطلقة حاملا فعدتها وضع الحمل لقوله تعالى واولات
الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن والحمل الذي تنقضي به العدة هو الذي استبان
خلقته وان لم تستبن خلقة ادمي لم تنقض به العدة كالنطفة **قوله** وان
كانت امة فطلقها زوجها فعدتها حيضتان اي ان كانت المراة المطلقة امة
فعدتها حيضتان وكذلك عدة المدبرة والمكاتبة وكذلك عدة المستسعاة
على قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان كانت ممن تحيض حيضتان لما روي في
السنن مسندا الى عايشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم قال طلاق الامة
تطليقتان وعدتها حيضتان وقال عمر رضي الله عنه لو استطعت لجعلتها
حيضة ونصفا ولان الرق منصف بدليل قوله تعالى فعليهن نصف ما على
المحصنات من العذاب لكن الحيضة لما لم تكن متجزية لعدم احتمال التنصيف
لان الدم يدر تارة وينقطع اخرى فيتعذر التنصيف لم يكن عدتها حيضة
ونصفا بل كانت حيضتين **قوله** واليه اشار عمر رضي الله عنه الضمير في
اليه راجع الى ما دل قوله لا تتجزى اي الى عدم التجزي وقوله لجعلتها اي
عدة الامة لان اول قول عمر عدة الامة حيضتان ولو استطعت لجعلتها حيضة
ونصفا **قوله** وان كانت لا تحيض فعدتها شهر ونصف اي ان كانت
الامة المطلقة لا تحيض من صغر او كبر فعدتها شهر ونصف وكذا عدة المدبرة
والمكاتبة والمستسعاة على قول ابي حنيفة ان كانت ممن لا تحيض شهر
ونصف وذلك لان عدتها نصف عدة الحرة والشهر قابل للتجزي فصارت

عدتها شهرا ونصفا عملا بمقتضى الرق منه وفي ذوات الاقراء حيضتان
في الحيض وهذا احد اقوال الشافعي وقال في قول اخر ثلاثة اشهر وفي قول
اخر شهران وهذا كما قال الشافعي في الاقراء **قوله** وعدة الحرة في الوفاة
اربعة اشهر وعشر **اعلم** انه لا تختلف العدة في الطلاق في الفرقة الواقعة
بينهما بغير الطلاق في الحيض اذا كانت المراة ممن تحيض وبالاشهر اذا كانت ممن لا
تحيض وبوضع الحمل اذا كانت حاملا فشرع الان في عدة الوفاة فاذا كانت المراة حرة
مات عنها زوجها فعدتها اربعة اشهر وعشر سواء كانت ممن تحيض او ممن لا تحيض
مسلمة كانت او كتابية صغيرة كانت او كبيرة مدخولا بها او غير مدخول بها
والاصل فيه قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن
بانفسهن اربعة اشهر وعشرا ذكر الازواج مطلقا فدل على ان هذه العدة
لا تجب الا بنكاح صحيح لان الزوجية المطلقة لا تحصل الا بعقد صحة النكاح
قال بعض السلف على المتوفى عنها زوجها عدتان الاطول وهو الحول وهو العزيمة
والاقصر وهو الرخصة وهو اربعة اشهر وعشر استدلالا بقوله تعالى والذين
يتوفون منكم ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج
وجوابه انه منسوخ بقوله تعالى يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا الا ترى
ان الوصية للزوجة بالنفقة والسكنى الى الحول كانت في ابتداء الاسلام
فانفسخ الوصية للوارث بالحديث المشهور ثم اعلم ان المعتبر في العدة عشرة
ايام وعشر ليال من الشهر الخامس ونقل في المبسوط عن عبد الله بن عمرو بن العاص
انه كان يقول عشر ليال وتسعة ايام ظاهر قوله تعالى وعشرا الا ان المراد
من العشر الليالي فجوابه ان الليالي تنتظم بازائها من الايام قال ابو بكر الرازي
وقد كانت عدة المتوفى عنها زوجها سنة بقوله تعالى والذين يتوفون
منكم ويذرون ازواجا وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج فحكم
فيها بثلثة اشياء احدها ايجاب العدة سنة والاخر نفقتها في الحول في
ماله

الزوج في **والثالث** منع الخروج فنسخ منها ما علا الاربعة الاشهر والعشر
ونسخ وجوب النفقة بما للزوجة من الميراث الربع والثمن من ماله وبقي
منع الخروج في الاربعة الاشهر والعشرة ايضا كذا في شرح الطحاوي **قوله** وعدة
الامة شهران وخمسة ايام يعني اذا كانت المنكوحة امة فمات عنها زوجها
فعدتها شهران وخمسة ايام وكذلك الحكم في المدبرة والمكاتبة وام الولد
والمستسعاة على قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقد صرح في شرح الطحاوي
وذلك لان الرق منصف والشهور قابلة للتنصيف فيتنصف عدتها اما اذا
مات مولى ام الولد فعدتها ثلث حيض او ثلثة اشهر على ما يجيء بعد هذا
ان شاء الله **قوله** وان كانت حاملا فعدتها ان تضع حملها هذا لفظ القدوري
في مختصره يعني ان المتوفى عنها زوجها اذا كانت حاملا فعدتها بوضع الحمل
سواء كانت حرة او امة او ام ولد وهو مذهب عمر وابن مسعود والبدريين
رضي الله عنهم ذكره ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي والاصل فيه قوله
تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن وكان علي يقول عدتها
ابعد الاجلين اما بوضع الحمل او باربعة اشهر وعشر وهو قول ابن عباس كذا
في الكشاف وجه قول علي رضي الله عنه ان هذه الاية توجب عليها العدة
بوضع الحمل وقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون ازواجا يتربصن
بانفسهن اربعة اشهر وعشرا يوجب العدة بالاشهر لانها تتناول
الحامل والحايل جميعا فيجمع بينهما احتياطا ولنا ما روى مالك في الموطا عن
يحيى بن سعيد عن سليمان بن يسار ان عبد الله بن عباس وابا سلمة بن
عبد الرحمن بن عوف اختلفا في المراة تنفس بعد وفاة زوجها بليال
فقال ابو سلمة اذا وضعت ما في بطنها فقد حلت فقال ابن عباس
اخر الاجلين فقال ابو هريرة رضي الله عنه انا مع ابن اخي يعني ابا سلمة فارسلوا
كريبا مولى ابن عباس الى ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه يسألها عن ذلك فجاءهم

باخبرهم انها قالت ولدت سبيعة الاسلمية بعد وفاة زوجها بليال
فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد حللت فانكحي من شئت وقال
في الجامع الترمذي بسنده الى ابراهيم عن الاسود عن ابي السنابل ابن بعكك قال
وضعت سبيعة بعد وفاة زوجها بثلثة وعشرين او خمسة وعشرين
يوما فلما تعلت تشوفت للنكاح فانكر عليها ذلك فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه
فقال ان تفعل فقد حل اجلها قال ابو عيسى حديث ابي السنابل حديث مشهور
والعمل على هذا الحديث عند اكثر اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه وغيرهم
وهو قول سفيان ومالك والشافعي واحمد واسحق وروى في السنن مسندا الى مسروق
عن عبد الله بن مسعود قال من شاء لاعنته لانزلت سورة النساء القصرى
بعد الاربعة الاشهر وعشر وروى مالك ايضا في الموطا عن هشام بن عروة عن ابيه
عن المسور بن مخرمة ان سبيعة الاسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليال
فجاءت رسول الله صلى الله فاستاذنته فقال لها النبي قد حللت فانكحي
وروى في الموطا ايضا عن عمر ابن الخطاب رضي الله عنه انه قال لو ولدت
وزوجها على سريره لم يدفن فقد حلت وروى اصحابنا في المبسوط وغيره
عن ابن مسعود انه قال من شاء باهلته ان سورة النساء القصرى نزلت
بعد التي في سورة البقرة اي من شاء المباهلة اي الملاعنة باهلته وكانوا يقو
لون اذا اختلفوا في شيء بهلة الله على الكاذب منا قالوا وهي مشروعة في زماننا
زماننا ايضا اراد بسورة النساء القصرى يا ايها النبي اذا طلقتم النساء وهي بعد
سورة التغابن واما سورة النساء الطولى فهي بعد ال عمران وهي قوله تعالى يا ايها
الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة الى اخر السورة واراد بالتي
في سورة البقرة الاية التي فيها وهي قوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون
ازواجا يتربصن بانفسهن اربعة اشهر وعشرا يعني ان قوله تعالى
واولات الاحمال في سورة النساء القصرى متاخر الاتيين نزولا فكانت
ناسخة

ناسخة لقوله تعالى اربعة اشهر وعشرا في حق عدة الحامل وقاضية عليه
بهلة الله بفتح الباء وضمها اي لعنة الله وتباهل القوم وابتهلوا اذا تلاعنوا
والمباهلة الملاعنة وذلك انهم اذا اختلفوا في شيء اجتمعوا وقالوا بهلة
الله على الظالم منا كذا في الغريب **قوله** ولو وضعت وزوجها على سريره
لانقضت عدتها هذا مبالغة في سرعة انقضاء عدتها بوضع الحمل
والسرير التخت والمراد منه الذي يغسل عليه الميت **قوله** واذا ورثت
المطلقة في المرض فعدتها ابعد الاجلين وهذا لفظ القدوري والذي
ذكره قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليها ثلاث حيض **اعلم**
ان المريض مرض الموت اذا طلق امراته ثلثا او واحدة بائنة ثم مات
وهي في العدة ترث باتفاق اصحابنا وقد استوفينا بيانه في باب الطلاق
المريض وفي العدة اختلاف بينهم على الوجه المذكور معنى قوله ابعد
الاجلين ان الاجلين اللذين هما ثلاث حيض واربعة اشهر وعشر ايهما
كان ابعد فتاخذ هي بذلك احتياطا حتى لو ابانها ثم مات بعد شهر فتم اربعة
اشهر وعشرة ايام بعد الموت وما حاضت هذه المرأة الا حيضة فعليها
حيضتان اخريان وعند ابي يوسف اذا رات ثلاث حيض فلم تتم بعد اربعة
اشهر وعشرة ايام تنقضي عدتها لابي يوسف ان النكاح منقطع بالطلاق
لا بالوفاة فلا يلزمها عدة الوفاة بخلاف ما اذا كان الطلاق رجعيا حيث
لم ينقطع فوجب عليها عدة الوفاة وثبوت الارث لها بالفرار لا
بالزوجية فلم يستلزم ثبوته عدة الوفاة وهذا اذا مات المرتد او
قتل ترثه امراته المسلمة ومع هذا لا يلزمها عدة الوفاة لان النكاح انقطع
بالردة لا بالموت ولهما ان الارث لما ثبت لها باعتبار قيام النكاح حكما لان
المال لا يثبت بالشبهة فلان تثبت عدة الوفاة والعدة تثبت بالشبهة اولى
فيجمع بين العدتين احتياطا لانها مبانة حقيقة متوفى عنها زوجها حكما

ولانسلم ان المراة المرتدة لايلزمها عدة الوفاة بل يلزمها عدة الوفاة عند ت
قال الكرخي في مختصره فلا يرد علينا دليلا مستاقبا فنقول انما يلزمها عدة
الوفاة لانها لم ترثه بالوفاة لان المسلمة لا ترث الكافر بل ورثتهم مستنده الى
استحقاق الميراث وقت الردة فلم يعتبر النكاح قايما الا وقت الموت
ولذلك لزمها العدة بالحيض هنا لما ورثته بالوفاة جعل النكاح قايما حكما الى
وقت الموت فظهر الفرق فان اعتقت الامة في عدتها من طلاق رجعي
انتقلت عدتها الى عدة الحراير هذه من مسايل القدوري اعلم ان الامة المنكوحة
اذا طلقها زوجها رجعيا ثم اعتقها مولاها في عدتها تحولت عدتها الى العدة
الحراير من وقت الطلاق فعليها ان تعتد بثلاث حيض ان كانت ممن
تحيض وبثلاثة اشهر ان كانت ممن لا تحيض اما اذا طلقها زوجها طلاقا باينا
او ثلاثا او مات عنها ثم اعتقت في العدة لم تحول عدتها الى العدة الحراير فعليها
ان تعتد بحيضتين او بشهر ونصف او بشهرين وخمسة ايام على حسب اختلاف حالها
وانما انتقل عدتها في الرجعي لقيام النكاح فانه لما كان باقيا وجب في العدة كمال
العدة لان كمال النكاح يستدعي كمال العدة بخلاف صورة الابانة والموت
فان العتق صادف زوال ملك النكاح من كل وجه فلم ينتقل عدتها كما
المطلقة الرجعية اذا انقضت ثم اعتقت فان قلت العدة حكم زوال الزوجية
وحكم الزوال يثبت عند الزوال فينبغي على هذا ان لا تتحول العدة في الرجعي ايضا
لانها عند الزوال امة ولهذا تعتد من وقت الطلاق قلت انما تحولت
العدة لان سببها وهو الزوال متردد ليس بمستقر فكانت مترددة ايضا
لتردد سببها فتغيرت ولهذا تتحول بالموت من الاقراء الى الشهور بخلاف البائن
فان سببه مستقر ليس بمتردد فلم تتحول العدة بالعتق ونقل الشيخ ابو نصر
البغدادي عن الشافعي قولين في كل واحد من الرجعي والبائن احدهما انتقل
فيهما وفي الاخر لا تنتقل فيهما وقال في وجيز هم لو عتقت في اثنا العدة في الرجعية
في قولي

في قولين وكالامة في قولين وفي قول الثالث ان كانت رجعية التحقت بالحرة
وان كانت باينة فتعتد بقرئين فوله وان كانت ايسة فاعتدت
بالشهور ثم رات الدم انتقض ما مضى من عدتها وعليها ان تستانف العدة
بالحيض هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الشهور في الايسة بدل
عن الحيض ولا يعتبر البدل الا مع القدرة على الاصل فلما رات الدم علم ان
الياس عن الاصل لم يكن متحققا والشرط هو الياس حتى الموت كالفدية في الشيخ
الفاني فاستانفت بالحيض قال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره ظاهر على
الرواية التي لم يقدر اصحابنا فيها مقدار الاياس فاذا ظنت انها قد ايست ثم رات
الدم تبين انها لم تكن ايسة فلم تعتد بالشهور واما على الرواية التي قدروا فيها
الاياس مقدارا فانها اذا بلغت ذلك المقدار ثم رات الدم بعده لم يكن
حيضا كما تراه الصغيرة التي لا تحيض مثلها فاما الصغيرة اذا اعتدت
ببعض الشهور ثم بلغت انتقلت عدتها الى الحيض ونقل في فصول الاستروشني
عن حنيف منهاج الشريعة قال حكي عن مالك انه قال في المراة اذا طلقها
زوجها ومضى عليها ستة اشهر ولم ترى الدم تحكم باياسها حتى تنقضي عدتها
بعد ذلك ثلاثة اشهر وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما مثل ذلك فعلى
هذا في ممتدة الطهر قبل ان تبلغ حد الاياس وخمس وخمسون سنة اذا
طلقها زوجها واعتدت ثلثة اشهر بعد ستة اشهر فقضى بذلك قاض
ينبغي ان ينفذ لانه مجتهد فيه وهذه المسئلة يجب حفظها فانها كثيرة
الوقوع قلت لنا نظر في هذه الرواية لان الرواية في الموطا قد صحت
عن مالك ثلاثة اشهر بعد تسعة اشهر لا بعد ستة اشهر وكذلك
روي مالك فيه عن عمر ابن الخطاب لا عن ابن عمر والظاهر ان ما ذكره في
الفصول سهو من الكاتب الا ترى ان مالكا روى عن يحيى بن سعيد وعن
يزيد بن عبد الله بن قسيط الليثي عن سعيد بن المسيب انه قال قال عمر

ابن الخطاب ايما امراة طلقت فحاضت حيضة او حيضتين ثم رفعتها حيضتها
فانها تنتظر تسعة اشهر فان بان بها حمل فذلك والا اعتدت بعد التسعة
اشهر ثلثة اشهر ثم حلت وقال مالك في الموطا ايضا الامر عندنا في المطلقة
التي ترفعها حيضتها حين يطلقها زوجها انها تنتظر تسعة اشهر فان لم تحض
فيهن اعتدت ثلثة اشهر فان حاضت قبل ان تستكمل الاشهر الثلاثة
استقبلت الحيض تتمة مسئلة المنظومة لو طلقت من طهرها تمتد فالاشهر
التسعة تمكث بعد وبالشهور بعدها تعتد **قوله** والمنكوحة نكاحا فا
سدا والموطوءة بشبهة عدتها الحيض في الفرقة والموت وهذا لفظ
القدوري في مختصره اراد بالنكاح الفاسد النكاح بغير شهود ونكاح
الاخت في عدة الاخت ونكاح الخامسة في عدة الرابعة واراد بالموطوءة
عن شبهة ما اذا زفت اليه غير امراته قال الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي واذا
دخل الرجل بالمراة على وجه شبهة او نكاح فاسد فعليه المهر وعليها العدة
ثلث حيض ان كانت حرة وحيضتان ان كانت امة وسواء ان مات عنها
او فرق بينهما وهو حي فان كانت لا تحيض من صغر او كبر فعدة الحرة ثلاثة
اشهر وعدة الامة شهر ونصف **اعلم** انه انما استوى الحال في الفرقة
والموت لان العدة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة وجبت للفرقة خلو الرحم
عن الولد لئلا يشتبه النسب لا لقضاء حق النكاح لانه لا حرمة للنكاح الفاسد
والوطء بشبهة فلم تختلف بالحيوة والموت كعدة ام الولد واقيم الاشهر مقام الحيض
في حق من لا تحيض الحاقا للفاسد بالصحيح لان الاصل هو الصحيح فان قلت
لو كان المقصود التعرف لم يشترط ثلث حيض لحصول التعرف بالحيضة الواحدة
قلت انما اشترطت الثلاث ليحصل اليقين في فراغ الرحم لان الثلاث
عدة معتبرة في الشرع وبالحيضة الواحدة لا تحصل ذلك اذ من الجائز ان تحيض
الحامل كما هو قول بعضهم فقدرنا بالثلاث لهذا ونقول شرط الثلاث

في النكاح

في النكاح الصحيح **اعلم** [illegible] الرحم **في الثانية** لفضيلة النكاح
وحتى تحصل الفرقة بينهما [illegible] **وفي الثالثة** لفضيلة الحرية ولهذا لا تجب
في عدة الامة الا حيضتان [illegible] كانت النكاح
الفاسد لذلك لان الفاسد كالصحيح في اثبات النسب [illegible] الفرقة في النكاح
الفاسد يعتبر من وقت التفريق عندنا لا من اخر الوطئات وقد بينا في باب
المهر ويجيء في الرضاع عن قريب **قوله** واذا مات مولى ام الولد عنها او اعتقها
فعدتها ثلاث حيض وهذا لفظ القدوري هذا اذا لم يكن ام الولد ذات
حمل فان كانت فعدتها وضع الحمل وقد ذكرناه وان لم تكن حاملا فعدتها ثلاث
حيض ان كانت ممن تحيض والا فثلاثة اشهر كذا ذكر الطحاوي في مختصره
وقال الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي واذا مات عن ام ولده او اعتقها فعدتها
ثلث حيض بلغنا عن علي وابن مسعود وابراهيم رضي الله عنهم فان كانت
لا تحيض من اياس فعدتها ثلاثة اشهر كذلك ان كانت قد حرمت عليه بوجه
من الوجوه فعليها منه العدة الا ان تكون تحت زوج او في عدة من زوج فلا
يلزمها من المولى عدة وهذا عندنا وقال الشافعي عدتها حيضة واحدة
ان كانت تحيض وان كانت ممن لا تحيض فشهر وقال مالك في الموطا عدتها حيضة
واحدة واذا لم تحض فثلثة اشهر وبه اخذ احمد بن حنبل وقال في شرح الاقطع
ومن اصحاب الشافعي من قال انه ليس بعدة وانما هو استبراء لهم ما روى
مالك في الموطا عن نافع عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما انه قال
عدة ام الولد اذا هلك عنها سيدها حيضة ولانها وجبت لتعرف براءة
النكاح فصارت كالاستبراء ولنا ما روى محمد بن الحسن في الاصل
عن علي وابن مسعود وابراهيم انهم قالوا عدة ام الولد ثلاث حيض فسموه عدة
وقدروها بالثلاث وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره حدثنا الهروي
قال حدثنا احمد بن حجاج قال حدثنا يحيى ابن ادم عن ابي خالد عن حجاج عن

كالحرمة بالمصاهرة والردة

الشعبي عن الحرث عن علي وعبد الله قالا عدة ام الولد ثلث حيض اذا مات
عنها سيدها وروى الحكم عن علي قال ثلث حيض وعن ابن سيرين ثلاث حيض
وعن عطاء ثلثة قروء وعن ابراهيم عدة ام الولد ثلث وقال حدثنا ابو هاشم العنقري حيضة
عن عيسى بن يونس عن يحيى عن ابي الليثي ان عمرو بن العاص امر ام ولد اعتقت
ان تعتد ثلث حيض فكتب الى عمر بذلك فكتب اليه عمر تحسين رايه ولانها عدة
واجبة بسبب زوال الفراش ولهذا يثبت نسب ولدها من غير دعوة فاشبه
عدة الطلاق لكن لا تجب عليها التربص بالاشهر في الوفاة لان المعنى الموجب
للعدة وهو العتق لم تختلف بحيوة السيد وموته فصار كالمعنى الموجب للعدة
في الموطوءة بشبهة وهو تعرف براءة الرحم فاستوى الحالان ولان عدة الاماء
حيضتان بالاجماع وعدة الحراير ثلاثة اقراء بالاجماع لكن الاختلاف
في انها حيض او اطهار ثم عدة ام الولد اما ان تعتبر بتلك او بهذه فانهما كان
لا يكون عدتها حيضة وتقدير مالك اذا لم تحض بثلاثة اشهر خارج عن القياس
لانه قد رد في الاصل بحيضة واحدة فكان ينبغي ان يقدر في الخلف بشهر
واحد وانما تجب عليها العدة اذا كانت تحت زوج لان الفراش النكاح اقوى
من فراش الملك فيتعذر ثم الضعيف بالقوي ولهذا لا يثبت النسب من المولى
وان ادعاه وهذا اذا لم يكن حاملا فاما اذا كانت حاملا فعدة ام الولد بوضع
الحمل وبه صرح في شرح الطحاوي **قوله** كما في النكاح يعني اذا طلق ام الولد
زوجها وهي ممن لا تحيض فعدتها ثلثة اشهر **قوله** اذا مات الصغير عن امراته
وبها حبل فعدتها ان تضع حملها هذا لفظ القدوري في مختصره قال فان حدث
الحمل بعد الموت فعدتها اربعة اشهر وعشر ولم يذكر القدوري الخلاف
بين اصحابنا وهو ظاهر الرواية عنهم ولهذا لم يذكر محمد خلافهم لا في
الاصل ولا في الجامع الصغير وكذا لم يذكره الحاكم في الكافي لكن ذكر الاستحسان
فقال واذا مات الصبي الفطيم عن امراته فظهر بها حبل بعد موته فعدتها
الشهور

الشهور وان كان الحمل قبل موته فعدتها ان تضع حملها استحسانا وقال في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رح في صبي مات عن امراته وهي حامل قال
عدتها ان تضع حملها وان حملت بعد موته فعدتها اشهر قال فخر الاسلام
وهذا استحسان من علمائنا وتفسير قيام الحمل وقت الموت ان تاتي بولد بعد
موته لاقل من ستة اشهر وانما يعرف حدوث الحمل بعد موته بان تضعه لستة
اشهر فصاعدا عند عامة مشايخنا وقال بعضهم بان تاتي به لاكثر من
سنتين والاول اصح هكذا ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فعلم
بهذه الرواية ان ما ذكر من خلاف ابي يوسف في المنظومة والمختلف والهداية والنافع
وفي الولوالجي مروي عنه في غير رواية الاصول يدل على هذا ما ذكره شمس
الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط بلا خلاف فقال مات الصبي وامراته
حامل تعتد بوضع الحمل استحسانا وفي القياس تعتد بالشهور ولهذا قال
شمس الائمة السرخسي في مبسوطه وعن ابي يوسف ان عدتها بالشهور
وهو القياس وهو قول زفر والشافعي وجه ما روي عن ابي يوسف ان
هذا الحمل ليس من الصبي ولهذا لا يثبت نسبه منه بالاتفاق فصارت
كانها ليست بحامل الا في اعتبار وضع الحمل في العدة لحرمة الماء ولا حرمة لماء
الزاني فتعتد بالشهور كما في الحمل الحادث بعد الموت ووجه الاستحسان
قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن بيانه ان هذه الاية
لتاخرها قاضية على اية التربص على عدة الوفاة وغيرها مطلقة تتناول
باطلاقها الحبلى من الزوج وغيره فتعتد بوضع الحمل كامراة الكبير بخلاف
ما اذا حدث الحمل بعد موت الصبي حيث تعتد بالشهور لانها لم تكن حاملا
عند الموت فلم تدخل تحت قوله تعالى واولات الاحمال اجلهن الاية ولا يرد
علينا امراة الكبير اذا حبلت بعد موته لاقل من سنتين حيث تعتد بوضع
الحمل وان لم يكن الحمل وقت الموت لان النسب لما ثبت منه وهو امر شرعي

حكم بوجود الولد ايضا عند الموت حكما تبعا لشرعيه وهنا لما
به لا يثبت النسب فلم يمكن اثبات ... عند الموت حكما قوله ولانها
مقدرة اي لان عدة الوفاة قوله لم تشرع الا بالاشهر مع وجود الاقراء
اي لم تشرع عدة الوفاة هذا استدلال لان عدة الوفاة ليست بمشروعة
للتعرف عن فراغ الرحم يعني لو كانت مشروعة للتعرف لم تشرع بالاشهر
في من تحيض لان الحيض هو المعرف بل هي مشروعة لقضاء حق النكاح
وهذا المعنى اعني قضاء حق النكاح ثابت في حق الصبي وان كان الحمل من
نجوز فيعتد امراته بوضع الحمل النص قوله تعالى واولات الاحمال قوله
وفيما نحن فيه كما وجبت وجبت مقدرة بمقدار الحمل اي فيما اذا مات
الصبي عن امراته وبها حبل كما وجبت العدة وجبت وهي مقدرة بوضع الحمل
قوله فافترقا اي افترق الحمل القائم عند الموت والحادث بعده قوله
ولا يثبت نسب الولد في الوجهين اي فيما اذا كان الحمل قايما عند الموت الصغير
وفيما اذا كان حادثا بعد موته وذلك لان الصبي لا ماء له فلا يتصور العلوق
بلا ماء فلا يثبت النسب قوله مقامه اي مقام العلوق قوله واذا طلق
الرجل امراته في حالة الحيض لم يعتد بالحيضة التي وقع فيها الطلاق هذا لفظ
القدوري وذلك لان الله تعالى اوجب العدة بثلاثة قروء والثلاثة اسم
خاص لعدد معلوم فلا يجوز ان ينقص منها لبطلان معنى الخاص فاذا لم يعتد
ببعض تلك الحيضة لم يعتد بجميعها لان الحيض لا يتجزى ومعنى قوله لم يعتد
اي لم تحتسب وهو على صيغة المبني للمفعول مسند الى الجار والمجرور منقوط
بنقطتين تحتانيتين ويجوز ان يقال على صيغة المبني للفاعل بنقطتين
فوقانيتين على اسناد الفعل الى المراة قوله واذا وطئت المعتدة بشبهة فعليها
عدة اخرى وتداخلت العدتان ويكون ما تراه المراة محتسبا منهما جميعا
واذا انقضت العدة الاولى ولم تكمل الثانية فعليها اتمام العدة الثانية و
هذا

هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان العدتين يتداخلان عندنا سواء
كانتا من جنس واحد بان كانتا بالحيض او من جنسين بان كانت احديهما
عدة الوفاة وصورة المسئلة المطلقة اذا تزوجت في عدتها برجل فوطيها
الرجل ثم فرق بينهما دفعا للفساد توجب عليها عدة اخرى او وطئت
المتوفى عنها زوجها في عدتها بشبهة فيكون ما تراه من الحيض في عدة
الوفاة محسوبا من عدة الوطء ويجوز ان يقال صورتها المنكوحة وطئت
بشبهة ثم طلقها زوجها في عدة الوطء او مات عنها تجب عليها العدتان
فتتداخلان قال الامام حميد الدين الضرير هذا اذا كان الواطي غير الزوج اما
اذا وطي الزوج معتدته بشبهة تداخلت العدتان بالاجماع وقال شمس
الائمة السرخسي في شرح الكافي فان كانت العدتان من واحد بان وطء
معتدته بعد البينونة بالشبهة فلا شك عندنا انهما تنقضيان بعدة واحدة
وهو احد قولي الشافعي وفي القول الاخر لا تجب العدة بالسبب الثاني اصلا وجه
قوله انهما حقان مستحقان فلا يجوز تداخلهما كالمهرين ولان العدة عبادة كف
عن الازواج والخروج للزينة وغيرها في مدة معلومة فلم يجز تداخل العدتين كما
لا يتداخل الصومان في يوم واحد ولنا ان المقصود تعرف براءة الرحم في
حق ذوات الاقراء ويحصل ذلك المقصود بعدة اخرى لان الله تعالى سمى
العدة اجلا بقوله تعالى واولات الاحمال اجلهن ان يضعن حملهن ويجوز
ان تنقضي آجال ديون كثيرة باجل واحد فكذا هذا لان المقصود كل
واحد من الغرماء كما يحصل باجل واحد يحصل مقصود كل واحد من صاحبي
العدة ثلاثة اقراء وهو تعرف براءة الرحم لصيانة الماء المحترم عن
اشتباه النسب ومعنى العبادة في العدة تابع لان ركنها حرمة الازدواج
والخروج قال تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب اجله و
قال تعالى ولا تخرجن وموجب النهي التحريم والحرمات تجتمع كصيد الحرم المحرم

حرام لإحرامه وحرمة الحرم وكالليل للصائم فإنها حرام له لصومه ولكونها محرمًا
وليمينه إذا حلف أن لا يشربها والدليل على أن معنى العبادة فيها تابع
انقضاء العدة بدون العلم وبدون ترك الكف عن الخروج والازدواج حتى إذا
خرجت أو تزوجت بزوج آخر لا تبطل العدة فلو كان معنى العبادة فيها
ركنًا مقصودًا لم تنقض بدون الكف لأن العبادة لا يتحقق بلا ركن فإن قلت
لا نسلم أن المقصود تعرف براءة الرحم فلو كان كذلك لم يجب العدة على
الصبية والآيسة والمتوفى عنها زوجها لأنه لا شغل في الصبية والآيسة
وفي المتوفى عنها زوجها لا احتياج الزوج إلى ذلك قلت الصبية التي
تحتمل الوطء تحتمل العلوق وكذلك الآيسة فدار الحكم على الدليل الشغل وهو
الوطء لأن العدة يكفي في إيجابها توهم الشغل وإن كان خلاف العادة والمتوفى
عنها زوجها الحاجة فيها إلى التعرف قائمة لصيانة الماء بين الزوجين عن
الاختلاط لأن ماء الأول محترم في نفسه وكذا ماء الثاني فإن قلت لو كان
التداخل معتبرًا لتداخل أقراء العدة واحدة قلت لا نسلم الملازمة لأن
التعرف بحيضة واحدة ليس كالتعرف بثلاث حيض في حصول المقصود لأن
المقصود من الأولى الاستبراء ومن الثانية إظهار خطر النكاح ومن الثالثة
إظهار فضيلة الحرية وهذا المقصود لا يحصل بالواحدة كالآجال لا تتداخل في دين
واحد وكالجلدات لا تتداخل في حد واحد ويتداخل الحدان وكالصيامات
الواجبة في أيام لا تتأدى في يوم واحد لأن الإمساك الواحد لا يسد مسد
الإمساك الكثير في حصول المقصود وهو قهر النفس بخلاف ما نحن فيه حيث
تحصل المقصود وهو تعرف براءة الرحم عن العدتين بمدة واحدة ثم بيان
التداخل في العدتين ما ذكره الحاكم بقوله وإذا تزوجت المعتدة من الطلاق
برجل آخر ودخل بها ففرق بينهما فعليها عدة واحدة من الأول والآخر
ثلاث حيض بلغنا نحو ذلك عن معاذ بن جبل ألا ترى أنها لو كانت حاملًا فوضعت
حملها

حملها انقضت عدتها منهما جميعًا ولو كانت قد حاضت من الأول
حيضة فعليها ثلاث حيض حيضتان من عدة الأول وتحتسب بهما من عدة
الآخر وحيضة أخرى من العدة الأخيرة وللآخر أن يخطبها إذا انقضت
عدتها من الأول ولا يخطبها غيره حتى تنقضي عدتها منهما جميعًا فإن
كان الأول طلقها طلاق الرجعة فله أن يراجعها إذا شاء ولا يقربها
حتى تنقضي عدتها من الآخر وإذا كان الطلاق بائنًا فليس له أن يخطبها
حتى تنقضي عدتها من الآخر وكذلك إن كانت العدتان بالشهور بأن كانت
المرأة ممن لا تحيض وإذا تزوجت في عدة الوفاة ودخل بها زوجها الآخر ثم
فرق بينهما فعليها بقية عدتها من الميت تمام أربعة أشهر وعشر
وعليها ثلاث حيض من الآخر وتحتسب بما حاضت في الأربعة الأشهر
والعشر من عدة الآخر **قوله** وابتداء العدة في الطلاق عقيب الطلاق وفي الوفاة
عقيب الوفاة فإن لم تعلم بالطلاق أو الوفاة حتى مضت مدة العدة فقد
انقضت عدتها وهذه من مسائل القدوري وروي عن علي بن أبي طالب
أن عليها العدة من يوم يأتيها الخبر قال أبو بكر الرازي معناه عندنا إذا لم تعلم
وقت الموت فأمرها بالأخذ باليقين وقد روي عنه في الطلاق أنها من يوم
طلق كذا ذكره في شرحه لمختصر الطحاوي وإنما اعتبر ابتداء مدة العدة من زمان
الطلاق والوفاة لأن العلة الموجبة للعدة هو زوال النكاح بالطلاق أو الوفاة
فلا بد من اقتران المعلول وهو وجوب العدة بعلتها ولا يشترط العلم
بمضي المدة لأن العدة مجرد أجل وفي انقضاء الآجال لا يشترط العلم ولأن
المقصود من العدة تعرف براءة الرحم وقد حصل ذلك في تلك المدة فلا يشترط
العلم بخلاف ما إذا أتى خبر وفاة زوجها وشكت في وقت الموت حيث
تعتد من الوقت الذي تستيقن فيه بموته لأن العدة يؤخذ فيها بالاحتياط
وذلك في العمل باليقين **قوله** ومشايخنا يفتون في الطلاق أن ابتداءها

من وقت الاقرار لنفي التهمة المواضعة اراد بالمشايخ علماء بخارا وسمرقند
لا جماعة المتصوفة الذين هم اهل البدع بيانه ما قال في تتمة الفتاوى
والفتاوى الصغرى لو اقر الرجل انه طلق امراته منذ كذا وصدقته المراة
في الاسناد وكذبته او قالت لا ادري فالعدة من وقت الاقرار ولا يصدق
في الاسناد هو المختار وجواب محمد في الكتاب ان في التصديق العدة
من وقت الطلاق الا ان المتاخرين اختاروا وجوب العدة من وقت الاقرار حتى
لا يحل له التزوج باختها واربع سواها زجرا له حيث كتم طلاقها ولكن
لا تجب لها النفقة والسكنى وعلى الزوج المهر ثانيا بالدخول لاقراره وتصديقها
اياه بذلك ومعنى قوله نفيا لتهمة المواضعة ان الزوج يجوز ان يقر بطلاقها في
زمان ماض وتصدقه المراة في ذلك حتى يجوز للزوج تزوج اختها واربع
سواها او يجوز ان تكون المراة مطلقة الثلاث فتصدق زوجها في اسناد
الطلاق الى زمان ماض حتى يجوز ان يتزوجها زوجها في الحال فلنفي المواضعة
اعتبر وقوع الطلاق من وقت الاقرار لا من الزمان الذي اسند اليه الطلاق
وعلل محمد في الاصل بقوله لان قولها مقبول على نفسها **قوله** والعدة في النكاح
الفاسد عقيب التفريق او عزم الواطي على ترك وطيها وهذا لفظ القدوري
في مختصره وعند زفر عقيب الوطية الاخيرة قال في التتمة الفتاوى الصغرى
فيه اختلاف المتقدمين والمتاخرين قال ابو القاسم الصفار البلخي تجب
العدة من وقت الوطء الاخير وقال ابو بكر البلخي من وقت الفرقة وبه كان
يقول الفقيه ابو جعفر وهو قول ابي يوسف رحمهما الله وجواب ابي
القاسم قول زفر رحمه الله حكاه الفقيه ابو الليث عن اختلاف زفر قالوا
عزم الواطي على ترك الوطء لا يتحقق بمجرد الامتناع عن الوطء بل يتحقق بقوله
الرجل تركتها او تركت وطيها او تركت نكاحها وجه قول زفر رحمه
الله ان الموجب للعدة هو الوطء ولهذا لو لم يطاها لا يجب عليها العدة
فيعتبر العدة

العدة من الوطء الاخير ولنا ان السبب الموجب للعدة هو شبهة النكاح
ولهذا لا تجب العدة في الزنا ورفع تلك الشبهة بالفرقة اما بتفريق
القاضي بينهما او بالمتاركة فيعتبر العدة من وقت الفرقة والدليل على
اعتبار الشبهة ان الوطء وان تكرر لا يجب الا مهر واحد لاستناد
الكل الى شبهة واحدة وانما قلنا ان الشبهة لا ترتفع بالفرقة بدليل انه اذا
وطيها قبل الفرقة مرارا لا يلزمه الحد للشبهة واذا وطيها مرة بعد الفرقة يجب
الحد لعدم الشبهة والوطء الاخير لا يوقف عليه لانه يجوز ان يوجد غيره فلا يكون
الذي قبله اخيرا ولئن سلمنا على وقوف المراة التي تعتد فنقول قد تمس
الحاجة الى وقوف غيرها نحو اختها واربع سواها ولا وقوف للغير فلما كان
الوطء الاخير خفيا اقيم السبب الظاهر وهو التمكن من الوطء حقيقة بشبهة
النكاح مقام حقيقة الوطء ثم لما ارتفع ذلك التمكن بالفرقة وجبت العدة
من ذلك الوقت وباقي التقرير في هذه المسئلة مر بيانه في باب المهر **قوله**
ولهذا يكتفي ايضاح لقوله لاستناد الكل الى حكم عقد واحد مر بيانه
انفا **قوله** لخفائه اي لخفاء الوطء **قوله** في حق غيره اي في حق غير الواطي
وغيره هو الزوج الذي يريد ان يتزوجها او اخت الموطوءة او اربع سواها
قوله واذا قالت المعتدة انقضت عدتي وكذبها الزوج كان القول
قولها مع اليمين هذا لفظ الصدر الشهيد في الجامع الصغير وهي من مسائل
المعادة ولفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
طلق امراته ثم قال لها لم تنقض عدتك وقالت انقضت عدتي انه يستحلفها
على ذلك فان حلفت صدقت قال فخر الاسلام يريد في حكم المراجعة
يعني ان حلفت بطلت الرجعة وان نكلت لم تبطل بل بقيت كما
كانت ووجه ذلك انها امينة في الاخبار عما في رحمها لقوله تعالى ولا يحل
لهن ان يكتمن ما خلق الله في ارحامهن فكان القول قولها لكنها لما

ومن تفريق القاضي او بالمتاركة

أثبتت بالكذب استحلفت كالمودع يستحلف اذا كذب في هلاك الوديعة وهذا ليس استحلافا على الرجعة بل على بقاء العدة فلا يرد نقضا على ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا ثم تزوجها في عدتها وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وقال محمد عليه نصف المهر وعليها تمام العدة الاولى وهذه من مسائل القدوري وعند زفر يجب نصف المهر الثاني ولا عدة عليها وعلى هذا الخلاف اذا تزوجت المرأة غير كفو ودخل بها وفرق القاضي بينهما لخصومة الاولياء والزمه المهر والزمها العدة ثم تزوجها في عدتها بغير ولي ففرق القاضي بينهما قبل ان يدخل بها كان لها عليه المهر الثاني كاملا وعليها عدة مستقبلة في قول ابي حنيفة وابي يوسف ولو كان تزوجها بعد انقضاء العدة كان نصف المهر في قولهم جميعا كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي في باب الاكفاء وقول الشافعي كقول محمد كذا في شرح الاقطع وجه قول محمد رحمه الله ان الطلاق قبل الدخول والخلوة الصحيحة منصف للمهر بالنص فينتصف المهر الثاني وبه يقول زفر ايضا والعدة في الطلاق قبل المسيس لا تجب لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل ان تمسوهن فما لكم عليهن من عدة فلا تجب عليها استيناف العدة وبه يتمسك زفر الا ان محمدا قال يجب عليها تمام العدة الاولى لان العدة مما يحتاط في اثباتها وقد وجبت بالطلاق الاول ولكن لم يظهر حكمها لمانع التزوج ثانيا فلما ارتفع حكم التزوج الثاني بالطلاق ثانيا ظهر حكم العدة الاولى فوجب اتمامها وزفر يقول العدة الاولى سقطت بالتزوج والساقط لا يعود وبالطلاق الثاني لم تجب شيء لانه قبل الدخول فلا تجب العدة اصلا ولابي حنيفة وابي يوسف ان هذا طلاق بعد الدخول حكما فيجب كمال المهر الثاني والعدة المستانفة بيانه ان الوطء في باب النكاح مثل القبض في باب البيع وقد وجد الوطء في النكاح الاول واثره وهو العدة باق لاشتغال

رحمها

رحمها بيانه بالوطء السابق فيكون الوطء كالمتجدد في النكاح الثاني لانها كانت مقبوضة في يده ببقاء العدة فناب القبض الاول عن القبض المستحق في النكاح الثاني كالغاصب اذا اشترى المغصوب من مالكه يتقرر عليه الثمن وان كان بمجرد الشرى لانه ينوب القبض الاول عن هذا القبض المستحق بالشرى ولا حاجة الى تجديد القبض فكذا هنا يتاكد العقد بمجرد النكاح الثاني فيوجب الفرقة بعد تاكد العقد كمال المهر والعدة **قوله** فاذا ارتفع بالطلاق الثاني ظهر حكمه والضمير المستتر في ارتفع راجع الى التزوج الثاني والبارز في حكمه راجع الى الطلاق الاول **قوله** كما لو اشترى ام ولده ثم اعتقها صورته رجل اشترى امرأته وهي امة قد ولدت منه فسد النكاح وكانت حلالا له بالملك فلا باس بان تتزين ولا تتقي الطيب لانها غير معتدة في حقه فان العدة اثر النكاح فكان الملك منافيا لاصل النكاح ينافي اثره لكنها معتدة في حق غيره حتى اذا اراد ان يزوجها من غيره ليس له ذلك حتى تحيض حيضتين فان الفرقة بعد الدخول فكانت معتدة في حق غيره ثم اذا اعتقها بعد الشرى فعليها ثلث حيض لانها صارت ام ولد له حين اشتراها بعدما ولدت بالنكاح وعلى ام الولد ثلث حيض لكنها تتقي الطيب والزينة في الحيضتين الاوليين استحسانا وفي القياس ليس عليها ذلك لان الحداد انما يلزمها عند وقوع الفرقة فلا يلزمها بعد ذلك وجه الاستحسان ان العدة وجبت عليها بالفرقة لكن لم يظهر ذلك في حق المولى لكونها حلالا له بالملك وقد زال ذلك بالعتق فظهرت تلك العدة في حق المولى والعدة بعد الفرقة من نكاح صحيح تجب فيها الحداد فاما في الحيضة الثالثة فلا حداد عليها لانها لم تجب بسبب النكاح انما بالعتق ولا حداد على ام

المولف قوله ونفي اثره اي اثر القبض قوله ذلك القبض اي القبض
الحاصل بالوطية الاولى قوله فيصح ... انه طلاق بعد الدخول
لما قررنا من الدليل انه هذا الطلاق طلاق بعد الدخول حكما لكون
الوطي في النكاح الاول كالوطي في النكاح الثاني قوله من جوابه
ما قلنا من جواب زفر ما قلنا من الدليل وهو انها مقبوضة في يده
ببقاء اثر القبض وهو العدة قوله قال واذا طلق الذمي الذمية فلا عدة
عليها اي قال القدوري في مختصره قوله وكذا اذا خرجت الحربية
الينا مسلمة فان تزوجت جاز الا ان تكون حاملا وهذه من مسائل
المعادة في الجامع الصغير اي لا عدة على الحربية المهاجرة الى دار الاسلام
وتزوجها جائز اذا لم يكن حاملا فان كانت حاملا فلا تتزوج حتى تضع حملها
وعليه نص الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي وقال الصدر الشهيد في شرح
الجامع الصغير وروى محمد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة رضي الله عنه
انه مع الحبل يجوز نكاح المهاجرة ولكن لا يقربها زوجها والصحيح جواب
الكتاب يعني لا يجوز تزوجها مع الحبل وهذا مذهب ابي حنيفة وعند ابي يوسف
ومحمد رحمهما تجب العدة على الذمية والمهاجرة جميعا لهما في الذمية ان
النكاح في العدة مجمع على بطلانه فيما بين المسلمين فكان اهل الذمة
ملتزمين لذلك ولابي حنيفة انها لو وجبت لا تخلو اما ان وجبت حقا
لله تعالى او حقا للزوج فلا يجوز كلاهما لانهم ليسوا مخاطبين بفروع
الشرع والزوج لا يعتقدها وفي عدة الذمية من الذمي على مذهب ابي حنيفة
اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا تجب اصلا لما قلنا وهو الصحيح وقال بعضهم
العدة واجبة ولكنها ضعيفة لا يمنع النكاح كالاستبراء فيما بين المسلمين وقد
مر بيان ذلك في باب نكاح اهل الشرك ولهما في المهاجرة انها مسلمة بانت
من زوجها بعد الدخول فيجب عليها العدة كما اذا بانت بالطلاق ولهما
لو كانا

لو كانا في دار الاسلام فاسلمت المراة وابى الزوج ان يسلم قوله ولنا اذا خرج الرجل
الى دار الاسلام مهاجرا او تركت ... في دار الحرب حيث لا تجب عليها العدة
لعدم تبليغ الحكم الشرعي ولابي حنيفة رضي الله عنه قوله تعالى ولا جناح عليكم
ان تنكحوهن اذا آتيتموهن اجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر اي بعقد نكاحهن
والعصمة العقد كذا قال ابن عرفة وجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى
نفى الجناح في نكاح المهاجرات مطلقا ولم يقيد بانقضاء العدة والمطلق
تجري على اطلاقه فلا يلزمها العدة ولان العدة تجب لصيانة ماء محترم و
لهذا لا تجب فيما قبل الدخول ولا حرمة لماء الحربي كالجماد بدليل
صحة تملكه ولان في ايجاب العدة عليها تمسكا بعصم الكوافر
فلا يجوز بخلاف ما اذا كانت حاملا فان ابا حنيفة لا يقول بايجاب
العدة عليها من الكافر بل يقول لا يجوز تزوجها ما لم تضع حملها
لمكان الحمل وروى الحسن عن ابي حنيفة انها ان تزوجت صح النكاح
ولكن لا يقربها زوجها حتى تضع لانه لا حرمة لماء الحربي فهو بمنزلة ماء
الزاني والحبل من الزنا لا يمنع النكاح عنده وانما لا يقربها حتى تضع لقوله
عليه السلام لا يسقين احدكم ماءه زرع غيره قوله اما من الكافر
اذا كان يعتقدهم ذلك عند ابي حنيفة كما ان نكاح المحارم فيما بينهم
صحيح عنده اذا كانوا يعتقدونه ذلك لا يتعرض لهم قوله وقد بيناه في
كتاب النكاح اي في باب نكاح اهل الشرك قوله بسبب اخر
وذلك كالطلاق والاباء مر بيانه انفا قوله بخلاف ما اذا هاجر يعني
اذا هاجر الرجل الى دار الاسلام وبقيت امراته ثمة لا تجب عليها العدة قوله
والحربية ملحق بالجماد اراد بالجماد الذي لا روح له قوله والاول
اصح اي عدم جواز نكاح المهاجرة اذا كانت حاملا هو اصح الروايتين
عن ابي حنيفة رضي الله عنه بخلاف الحبلى من الزنا حيث يجوز تزوجها عنده

لانه سبب ولدها فالنسب ثابت فلا يلزم الجمع بين العدتين ثم ادنى المدة التي
تصدق المعتدة عن طلاق لم يذكرها صاحب الهداية ونحن نبينه
في باب الايلا **فصل في الحداد**
عن بيان انواع العدة وعن بيان من تجب عليها ومن لا تجب شرع في بيان
ما يجب على المعتدات في العدة **قوله** قال وعلى المبتوتة والمتوفى عنها
زوجها اذا كانت بالغة مسلمة الحداد اي قال الشيخ ابو الحسين القدوري في
مختصره الحداد مصدر حدت المراة اذا تركت الزينة والخضاب
بعد وفاة زوجها وهو من باب فعل يفعل بفتح العين في الماضي وضمها وكسرها
فيها في المستقبل واحدت تحد احدادا وابى الاصمعي الا احدت فهي
محد كذا قال ابن دريد قال الحاكم الشهيد في الكافي لا ينبغي للمعتدة من وفاة
زوجها وطلاق باين اذا كانت فرقة بوجه من الوجوه من قبل انها كانت
ان تتطيب او تلبس الحلي او الثوب المصبوغ بعصفر او زعفران او ورس اعلم
ان المتوفى عنها زوجها تحد عليه اصحاب رسول الله وهو مذهب اصحابنا
وسفيان الثوري ومالك والشافعي واحمد واسحق رضي الله عنهم والاصل
فيه ما روى صاحب السنن مسندا الى حفصة عن ام عطية ان النبي صلى الله عليه
قال لا تحد المراة فوق ثلاث الا على زوج فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا
وجه الاستدلال ان رسول الله صلى الله عليه قال فانها تحد عليه وخبر
الشارع الذي الامر في الايجاب لان التخلف في الخبر لا يجوز لنسبة الكذب
على ذلك التقدير الى الشارع وقد تخلف المامور عن عبد الله بن ابي بكر بن
محمد بن عمرو بن حزم عن حميد بن نافع عن زينب بنت ابي سلمة انها اخبرته
هذه الاحاديث الثلاثة قالت زينب دخلت على ام حبيبة زوج النبي
صلى الله عليه حين توفي ابوها ابو سفيان بن حرب فدعت ام
حبيبة بطيب فيه صفرة خلوق او غيره فدهنت منه جارية ثم مست
بعارضيها

الامر فلا يلزم
نسبة الكذب
الى الشارع وروى
البخاري في الصحيح مسندا
الى مالك م

بعارضيها ثم قالت والله ما لي بالطيب من حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى
الله عليه يقول لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق
ثلث ليال الا على زوج اربعة اشهر وعشرا قالت زينب فدخلت على زينب
بنت جحش حين توفي اخوها فدعت بطيب فمست منه ثم قالت اما
والله ما لي بالطيب من حاجة غير اني سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول
على المنبر لا يحل لامراة تؤمن بالله واليوم الاخر ان تحد على ميت فوق
ثلث ليال الا على زوج اربعة اشهر وعشرا قالت زينب وسمعت امي ام
سلمة تقول جاءت امراة الى رسول الله صلى الله عليه فقالت يا رسول الله
ان ابنتي توفي عنها زوجها وقد اشتكت عينها افنكحلها فقال رسول الله
صلى الله عليه لا مرتين او ثلاثا ثم قال رسول الله صلى الله عليه انما هي اربعة
اشهر وعشرا وروى مالك في الموطا انه بلغه ان ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه
قالت لامراة حاد على زوجها اشتكت عينها فبلغ ذلك منها اكتحلي بكحل
الجلاء بالليل وامسحيه بالنهار قال ابو عبيد الجلاء هو الاثمد سمي بذلك
لانه يجلو البصر فيقويه او يجلو الوجه فيحسنه واما المبتوتة وهي المختلعة
والمطلقة ثلاثا او تطليقة باينة فعليها الحداد عندنا وقال الشافعي
لا حداد عليها لان النص ورد في المتوفى عنها زوجها ولا يقاس المبتوتة
عليها لان المبتوتة ليست في معناها وذلك لان الحداد انما لزمها تاسفا
على ما فات من حسن عشرة الزوج الى ان فرق الموت بينهما وزوج
المبتوتة ما احسن اليها بل اساء لانه اوحشها بالفراق وايثاره غيرها
عليها ولنا ما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار باسناده
الى حماد عن ابراهيم النخعي قال المطلقة المختلعة والمتوفى عنها زوجها
والملاعنة لا يختضبن ولا يتطيبن ولا يلبسن ثوبا مصبوغا ولا يخرجن
من بيوتهن وابراهيم ممن ادرك عصر الصحابة وزاحمهم في الفتوى

بن يزيد النخعي مات سنة
ست وتسعين وهو ابن
[illegible] خمسين سنة

فيجوز تقليله ولان النص معلول بعلة التاسف على زوال النعمة النكاح
الذي هو سبب لصيانتها ولدوام ادرار النفقة عليها وهذا المعنى موجود
في المبتوتة فيجب عليها الحداد كالمتوفى عنها زوجها بل الابانة اقطع للنكاح
من الموت لان حكم النكاح باقي بعد الوفاة الى ان تنقضي العدة بخلاف
الطلقات الثلاث والابانة حيث لا بقاء للنكاح اصلا الا ترى ان المراة
تغسل زوجها [illegible] وفي الابانة لا يجوز مسها اصلا فكان اظهار التاسف
اولى ثم المطلقة الرجعية تتزين وتلبس ما شاءت من الثياب فلعل
زوجها يراجعها **قوله** والحداد ويقال الاحداد وهما لغتان تترك
الطيب والزينة وقوله ويقال الاحداد وهما لغتان جملتان معترضتان بين
المبتدا وهو الحداد وبين الخبر وهو ان تترك اي الحداد **ترك**
الطيب والزينة والكحل والدهن المطيب وغير المطيب الا من عذر بهذا
ذكر القدوري وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في المبتوتة والمتوفى عنها زوجها لا تدهن بزيت مطيب ولا
وغير مطيب ولا تدهن بشيء من الادهان الا من وجع ثم المعنى الذي
هو موجب للحداد وجهان احدهما اظهار التاسف بدلالة الاجماع
لانا نقول وجب الحداد للتاسف على زوال النكاح والشافعي يقول
وجب للتاسف على فوات الزوج وما قلناه اولى لعمومه لان التاسف
على زوال النكاح يشمل المبتوتة والمتوفى عنها زوجها والوجه الثاني
الاجتناب عن الوقوع في الحرام وذلك لان المراة اذا كانت متزينة مطيبة
متطيبة يزيد رغبة الرجال فيها فوق ما يكون اذا لم تكن متزينة
متطيبة فتجتنبهما المراة كيلا يكون ذلك سببا الى الوقوع في الحرام لان
المتوفى عنها زوجها والمبتوتة حرام نكاحهما مادامتا في العدة اما
الدهن اذا كان مطيبا فظاهر لانها ممنوعة عن الطيب وكذا اذا لم يكن
مطيبا

مطيبا لان الدهن لا يعرى عن الطيب فان لم يكن فيه الطيب
الا ترى انه تحرم على المحرم وايضا يحصل به الزينة الكاملة للشعر
والمحدة ممنوعة عن الزينة الا اذا دعت الضرورة فحينئذ
يجوز الادهان والاكتحال على وجه التداوي لا على قصد الزينة
كما اذا كان بها صداع قد هنت راسها واشتكت عينها فاكتحلت وكذا
يجوز لها لبس الحرير لدفع القمل والحكة **قوله** كيلا تصير ذريعة الذريعة
الوسيلة اي كيلا تصير هذه الاشياء وسيلة الى الحرام **قوله** الا من
عذر اي قال القدوري تترك المحدة الاشياء المذكورة من الطيب والزينة
والكحل والدهن الا من عذر والعذر قد بيناه انفا وذلك لان فيه حرجا
وهو مدفوع شرعا وروى البخاري ومسلم مسندا الى انس رخص النبي عليه السلام
للزبير وعبد الرحمن في لبس الحرير لحكة كانت بهما وروى مسلم
باسناده الى انس ان عبد الرحمن بن عوف والزبير بن العوام شكوا الى
النبي عليه السلام القمل فرخص لهما في قمص الحرير في غزاة لهما **قوله**
لما روينا اراد به قوله عليه السلام الحناء طيب **قوله** ولا تلبس ثوبا
مصبوغا بعصفر ولا بزعفران وذلك لما روى صاحب السنن باسناده الى ام
عطية ان النبي صلى الله عليه قال لا تحد المراة فوق ثلث الا على زوج
فانها تحد عليه اربعة اشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب
عصب ولا تكتحل ولا تختضب ولا تمس طيبا والعصب ضرب من برود
اليمن وروى صاحب السنن باسناده الى ام سلمة زوج النبي صلى الله عليه
انه قال المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشقة
ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل والثوب الممشق هو المصبوغ بالمشق
وهو المغرة وانما تجتنب الاثواب مصبوغا فاما ان تلبسه لانه لا بد من
الستر وظاهر الرواية عن اصحابنا انها لا تلبس ثوب عصب

ولاحزن لانها ممنوعة عن الزينة وفيه ... وروي في النوادر عن ابي
يوسف انه قال لا باس بان تلبس العصب والخز الاحمر قال
شمس الائمة السرخسي ... ذلك اذا لبست لا على قصد التزين فاما
التزين ... قلت ... فقد روي في السنن ... كان الاثواب
عصب لا تغسل لا فقلنا تلك الرواية لا يبقى لابي يوسف حجة بالحديث
قوله قال ولا حداد على كافرة اي قال القدوري وقال ايضا ولا
على الصغيرة وعند الشافعي عليهما الاحداد لكن في عدة الوفاة له
عموم قوله عليه السلام لا تحد المراة فوق ثلث الا على زوج ولنا
ان الحداد من فروع الشرع فلا تخاطب الكافرة بها والصبية لا
خطاب عليها اصلا فصارا كالصوم والصلوة فان قلت ما الفرق
بين الحداد والعدة حيث وجبت العدة على الصغيرة دون الحداد قلت
لا نسلم ان العدة تجب عليها لانها ليست بمخاطبة بل الولي يؤمر بان
لا يزوجها حتى تنقضي العدة لحق الشرع كما يؤمر بان يمنعها من شرب
الخمر فعلى هذا لا حاجة الى الفرق لعدم وجوب العدة ايضا او نقول العدة عبارة عن
مجرد مضي المدة فالقول بمضيها عليها لا يفضي الى توجيه خطاب الشرع عليها
بخلاف القول بالحداد فانه يفضي الى توجيه خطاب الشرع لدخولها تحت
عموم النهي وهي غير مخاطبة فظهر الفرق قوله وعلى الامة الحداد هذا لفظ
القدوري قال الحاكم وتتقي المملوكة المسلمة من ذلك ما تتقيه الحرة الا الخروج وذلك
لان الحداد وجب للتاسف على زوال نعمة النكاح وهذا المعنى حاصل في المملوكة
لان فروع الشرع التي ليس فيها ابطال حق المولى تلزم المملوكة كالصوم والصلوة
فيلزمها الحداد بخلاف الخروج من البيت في العدة حيث لا تمنع منه لحق المولى
وحق المولى مقدم لحاجته ولهذا كان للمولى ان يمنع امته من اداء النوافل و
عبده عن الجمع والجماعات وبخلاف الحج حيث لا يجب على العبد لاجل حق المولى
ايضا

صغيرة

ايضا ولا حداد على ام الولد ... تطيبها ... الا انها ... المنكوحة حرام عليه في
ليس في عدة ام الولد ولا في عدة النكاح الفاسد حداد وهذا لفظ
القدوري ولا حداد في الوطء عن شبهة ايضا اما ام الولد فلانه لم تجب
عليها الحداد لانه للتاسف على زوال النكاح ولا نكاح ههنا وام الولد
انما تجب عليها العدة بالعتق الذي يزول به ذل الرق فالمناسب لذلك
السرور لا الحزن لانه ما فاتها نعمة بل حصل لها نعمة الحرية التي صارت
بها اهلا للولاية واما النكاح الفاسد والوطء عن شبهة فانما وجبت
العدة فيهما لتعرف براءة الرحم لا لزوال النكاح اذ لا حرمة للنكاح
الفاسد لانه واجب الرفع ولا نكاح اصلا في الوطء عن شبهة فلا يلزم الحداد
قوله والاباحة الاصل اراد بها اباحة الزينة لما ورد للقوله تعالى قل من
حرم زينة الله التي اخرج لعباده وفيه بحث يعرف في ميزان الاصول
وغيره والذي ذكره مذهب بعض المشايخ ومذهب فخر الاسلام ان الاباحة
ليست باصل قوله ولا ينبغي ان تخطب المعتدة ولا باس بالتعريض في
الخطبة وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان نكاح المعتدة لا يجوز
وقد مر بيانه في باب المحرمات والتعريض لا باس به والاصل فيه قوله تعالى
ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء او اكننتم في انفسكم
علم الله انكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا الا ان تقولوا قولا
معروفا والتعريض التلويح وحقيقته امالة الكلام الى عرض يدل على الغرض
منه قوله عليه السلام ان في المعاريض لمندوحة عن الكذب
وذلك مثل ان يقول انك لجميلة وانك لشابة وان النساء لمن حاجتي
فلعل الله يسوق اليك خيرا وما شابه ذلك من الاشارة دون
التصريح بالنكاح اذ لا يجوز ان يقول صريحا اريد ان انكحك
او اتزوجك او اخطبك والخطبة التزوج او اكننتم في انفسكم اي اضمرتم

في قلبكم فلم تذكروه بالالسنتكم علم الله انكم ستذكرونهن اي لا تنفكون
عن النطق لرغبتكم فيهن وعدم صبركم ولكن لا تواعدوهن سرا
اي نكاحا والسر في الاصل النكاح الذي هو الوطء كقول الاعشى
ولا تقربن جارة ان سرها عليك حرام فانكحن او تابدا ثم عبر عن
النكاح الذي هو العقد كذا قال الزمخشري الا ان تقولوا قولا
اي لا تواعدوهن الا بان تقولوا قولا معروفا وهو التعريض وقال ابو بكر الرازي زمخشري
في احكامه في مختصر الطحاوي قال ابن عباس التعريض ان يقول اني اريد
ان اتزوج قال مجاهد يقول انك لحسناء وانك لجميلة قال سعيد بن جبير في
قوله تعالى الا ان تقولوا قولا معروفا ان يقول اني فيك لراغب واني لارجو ان
نجتمع كذا ايضا لفظ ابي بكر الرازي وقيل المراد من قوله ولا باس بالتعريض ولنا
في الخطبة للمتوفى عنها زوجها اما المطلقة فلا يجوز لها التعريض
فيه نظر لان قوله تعالى لا جناح عليكم فيما عرضتم مطلق ولم يفصل
وقال صاحب الهداية قال النبي عليه السلام السر النكاح ولنا في صحة
الحديث عن النبي عليه السلام نظر قوله ولا يجوز للمطلقة الرجعية و
المبتوتة الخروج من بيتها ليلا ولا نهارا والمتوفى عنها زوجها تخرج نهارا
وبعض الليل ولا تبيت في غير منزلها والاصل في المطلقة قوله تعالى اذا
طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن واحصوا العدة واتقوا الله ربكم لا
تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا ان ياتين بفاحشة مبينة قال
محمد في الاصل قال ابراهيم الفاحشة خروجها من بيتها وبلغنا عن ابن مسعود
انه قال الفاحشة ان تزني فتخرج لاقامة الحد قال في شرح الكافي فان كانت
صبية فلها ان تخرج لانها لا تخاطب بما هو اعظم من هذا من حقوق الشرع
كالصلوات والحدود وليس للزوج ان يمنعها في الطلاق البائن لانه لا يبقى له
عليها ملك ولا يتوهم الحبل قالوا الا ان تكون مراهقة يتوهم ان تحبل
فحينئذ

ففي كالكتابية واما في الطلاق الرجعي فلا تخرج الا باذن الزوج لقيام
ملك النكاح له عليها واما المتوفى عنها زوجها فالاصل فيها ما روى مالك
في الموطا عن سعيد بن اسحق بن كعب بن عجرة عن عمته زينب ابنة
كعب بن عجرة ان الفريعة بنت مالك بن سنان وهي اخت ابي سعيد
الخدري اخبرتها انها جاءت رسول الله صلى الله عليه تسئله ان ترجع
الى اهلها في بني خدرة فان زوجها خرج في طلب اعبد له ابقوا حتى اذا كانوا
بطرف القدوم لحقهم فقتلوه قالت فسالت رسول الله صلى الله عليه ان ارجع
الى اهلي فان زوجي لم يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة فقال رسول الله
نعم فخرجت حتى اذا كنت في الحجرة او في المسجد دعاني او امر فنوديت
له فقال كيف قلت فرددت عليه القصة التي ذكرت له من شان
زوجي فقال امكثي في بيتك وفي رواية السنن اسكني في بيتك حتى تبلغ
الكتاب اجله قالت فاعتددت فيه اربعة اشهر وعشرا فلما كان
عثمان بن عفان ارسل الي فسالني عن ذلك فاخبرته فاتبعه وقضى به وجه
الاستدلال ان النبي صلى الله عليه وسلم امرها بالمكث في بيتها الى
انقضاء العدة ولم ينكر عليها من نفس الخروج لانها خرجت اليه فدل
على جوازه وعن سعيد بن المسيب ان عمر رضي الله عنه رد نسوة من
ذي الحليفة توفي عنهن ازواجهن خرجن ذكره الطحاوي في شرح
الاثار وقال في الاصل بلغنا عن ابن مسعود ان نسوة شكون اليه
الوحشة توفي ازواجهن فامرهن ان يتزاورن بالنهار ولا يبتن
بالليل دون منزلهن ولان المتوفى عنها زوجها تحتاج الى قضاء
حوائجها وكفاية مؤنتها اذ لا نفقة لها في عدتها فلا بد من الخروج بخلاف
المطلقة فانها مكفية المؤنة فلا تحتاج الى الخروج اما اذا ابرات
المختلعة زوجها عن نفقة العدة اختلف المشايخ قال بعضهم تخرج كالمتوفى

عنها زوجها وفي الجامع الحاجة الى النفقة قال الا ترى انها قد تضطر في ترك
النفقة لتتخلص عنه وقال بعضهم لا تخرج لانها ابطلت النفقة باختيارها
فلا يكون عذرا في حق الشرع كما اذا اختلعت على ان لا سكنى لها
حيث يبطل مؤنة السكنى عن الزوج ولا يحل لها الخروج وهذا مذهب
عامة العلماء وقال بعضهم ان شاءت اعتدت في بيت زوجها وان شاءت
في غيره وهو مذهب عطاء وتمسك بقوله تعالى فان خرجن فلا جناح عليكم
فيما فعلن في انفسهن وجوابه ان الاية منسوخة لان الاية
قوله تعالى وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج والوصية
للوارث منسوخة وكذا العدة الى الحول منسوخة فكذا هذا **قوله**
وعلى المعتدة ان تعتد في المنزل الذي يضاف اليها بالسكنى حال وقوع
الفرقة والموت وهذه من مسايل القدوري ولم يذكر القدوري
قوله والموت اذ ليس فيه كثير طايل لان الفرقة تشمل الفرقة الحاصلة
بالطلاق وغيره ثم الاصل في عدة الطلاق قوله تعالى لا تخرجوهن
من بيوتهن نسب البيوت اليهن بحق السكنى كما قال تعالى وقرن في بيوتكن
وانما البيوت للازواج ثم السكنى عام يشمل البيت المملوك والمستاجر
والمستعار جميعا حتى لو كانت زايرة اهلها او كانت في غير بيتها لامر حين
وقوع الطلاق انتقلت الى بيت سكناها بلا تاخير وكذا في عدة
الوفاة والاصل في عدة قوله عليه السلام اسكني في بيتك وقد مر قبيل الوفاة ع
هذا ومعنى قوله حتى يبلغ الكتاب اجله اي الذي كتب عليها من العدة
قوله وان كان نصيبها من دار الميت لا يكفيها واخرجها الورثة من
نصيبهم انتقلت وهذا لفظ القدوري يعني هذا الذي قلنا من وجوب
العدة عليها في منزل سكناها في حالة الاختيار اما في حالة الضرورة
فلها ان تنتقل الى غيره لان الضرورات تبيح المحظورات كما اذا كان
نصيبها

نصيبها حصته لا يكفيها ولا يرضى الورثة بسكناها في نصيبهم فاخرجوها
وكما اذا خافت انهدام المنزل او خافت على متاعها في ذلك المنزل
سرقة او نهبا وكذا اذا كانت في بعض الرساتيق فدخل عليها خوف
من السلطان او غيره فلها ان تنتقل الى المصر وكذا اذا كان المنزل باجرة وهي
لا تقدر على ادايها **قوله** ثم ان وقعت الفرقة بطلاق باين او ثلاث لا بد
من سترة بينهما ثم لا باس اي بعد وجود السترة لا باس بان يسكنا في منزل
واحد لان الرجل مسلم مقر بالحرمة والظاهر من حال المسلم الاجتناب
الحرام الا اذا كان فاسقا تخاف عليها منه الفجور فيكون خوف الفجور عذرا
وان كانت السترة بينهما فتنتقل الى منزل اخر فيكون ذلك المنزل كالمنزل
الاول لا تنتقل منه الا بعض الاعذار قالوا في شروح الجامع الصغير وان
خرج الزوج وتركها فهو اولى احترازا عن الخروج وان جعلا بينهما امراة
ثقة تقدر على الحيلولة فحسن وان لم توجد امراة ثقة فللمعتدة الانتقال
الى منزل اخر بهذا العذر وكذا اذا ضاق البيت ولا تقدر امراة ثقة ان تحول
بينهما تنتقل المعتدة والاولى ان يخرج الرجل فيكتري منزلا اخر لنفسه و
يتركها في المنزل الذي وقع فيه الفرقة الا ان يكون فاسقا اي يكون الزوج
ناسقا فاسقا وهو استثناء من قوله لا باس مع السترة وقد مر بيانه انفا **قوله**
واذا خرجت المراة مع زوجها الى مكة فطلقها ثلاثا او مات عنها زوجها
الى اخره هذه من المسايل المعادة في الجامع الصغير اعلم ان الزوج اذا سافر بامراته
فطلقها باينا او مات عنها في بعض الطريق فان كان الى الجانبين اقل من
ثلاثة ايام اعني به مقصدها ومنزلها تميل الى ايهما شاءت وان كان احدهما
اقل من ثلاثة ايام دون الاخر تميل الى الاقل وان كانا جميعا مسيرة ثلاثة ايام
فان كانت في غير مصر تميل الى ايهما شاءت سواء بمحرم او غير محرم لكن
ينبغي ان تختار اقرب الجانبين لان الخوف عليها في ذلك المكان اكثر من

خوف الخروج بغير محرم كالتي اسلمت في دار الحرب لها ان تهاجر بغير محرم
خوفا على نفسها ودينها فهذه في المفازة كذلك ولو كان المصر يقرب منها
على غير طريق القافلة فليس لها ان تتخلف عن القافلة كذا في شرح الطحاوي
لكن الاولى هو الرجوع الى المنزل لانه حينئذ يقع عدتها في المنزل وقوله
في قوله عليه السلام اسكنوا في بيتكم وان كانت في مائي نحو مصر او قرية
لم تخرج سواء وجدت محرما او لا وهذا عند ابي حنيفة رضي الله عنه وعند
صاحبيه ان لم تكن اذا لم تجد محرما اما اذا وجدت محرما فلها ان تخرج الى اي الجانبين
شاءت لهما ان اصل الخروج مباح بالاتفاق بدليل انها تخرج الى ما دون السفر
بالاتفاق وانما النزاع في الخروج لاجل السفر والعدة وان كان التربص في منزلها
عليها واجبا يجوز لها الانتقال عند بعض كانهدام المنزل وغيره واذى الغربة
وخشية الانفراد عذر فيجوز لها ان تخرج من المصر الذي هي فيه الى ما ثني لها او الى
مقصدها بالمحرم كما اذا كانت في المفازة لان حاجتنا الى المبيح للسفر وجود المحرم
المبيح فصار السفر مع المحرم كما دون السفر مع غيره فاطلق الخروج بمحرم ولابي
حنيفة رضي الله عنه ان العدة امنع للخروج من عدم المحرم فاذا كان عدم
المحرم هنا مانعا فالعدة اولى بيانه ان العدة مانعة للخروج قليلا كان
او كثيرا وعدم المحرم ليس بمانع ما دون السفر بخلاف ما اذا كانت في المفازة
فان عدم المحرم ليس بمانع للخروج لانها ليست بموضع قرار فلا يكون العدة مانعة
ايضا ولانها كانت تابعة الى الان للزوج في نية الاقامة والسفر والان
كانت اصلا بنفسها فاذا جاز لها السفر بمحرم كان في معنى انشاء السفر
حكما فلا يجوز بخلاف المفازة فان التحول عنها ليس في معنى انشاء السفر لانها
ليست بدار الاقامة وبخلاف ما دون السفر حيث جاز لها ان تسير اليه
بمحرم وغير محرم سواء كانت في مصر او غيره لانه ليس بسفر لا حقيقة
ولا حكما بل هو بمنزلة الخروج الاول ولا نسلم ان اصل الخروج مباح بل
هو حرام

هو حرام لقوله تعالى لا تخرجوهن ولا يخرجن وانما ابيح لها الخروج بعذر ولا نسلم ان
للعدة اذا كانت في مائي ولا نسلم ان القياس صحيح على ما اذا كانت في المفازة
لوجود الفارق لان هنا لا تخرج بغير محرم بالاتفاق وفي المفازة لها ذلك
وفائدة قيد البائن ما قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ان كان
الطلاق رجعيا فهو لا تفارق زوجها اذا سافر بها ثم طلقها لان
الرجعي لا يقطع النكاح بخلاف ما اذا طلقت ثم سافر فليس له ان يسافر بها
قبل الرجعة عندنا خلافا لزفر لان المعتدة ممنوعة عن انشاء السفر مع
المحرم وغيره **قوله** الا ان الرجوع اولى استثناء من قوله ان شاءت
رجعت وان شاءت مضت يعني لها في الرجوع والمضي خيار اذا كانت ثلاثة
ايام الى المنزل وكذلك الى المقصد ايضا ولكن الرجوع اولى ليقع الاعتداد
في المنزل المامور به في العدة **قوله** الا ان يكون طلقها او مات عنها في
مصر هذا ايضا استثناء من قوله ان شاءت رجعت وان شاءت مضت
يعني لها الخيار في ذلك الا اذا كانت في مصر فليس لها الخروج اصلا عند ابي
حنيفة وقد مر بيانه **قوله** عليها اي على المراة والله اعلم هذا اخر
الدفتر الرابع من نسخة السواد التي وقع عليها خط يدي من كتاب غاية البيان
شرح الهداية فرغت عنه والخواطر متكدرة والاحوال منغصة بعد
اللتيا والتي ببعض اطراف العراق ليلة السبت العاشرة من صفر
ختم بالخير والظفر سنة ثلاث وثلاثين وسبعماية هجرية ويتلوه
في الخامس باب ثبوت النسب اللهم بلغنا الى منازل انبيائك و
اوليائك بلد السلام وارزقنا يوم الحشر معهم القيام واسكنا بحابح
دار السلام امين

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر يا كريم

باب ثبوت النسب

لما فرغ من بيان وجوه العدة من اعتبار الحيض والاشهر ووضع الحمل شرع
في بيان ثبوت النسب لان ثبوت نسب الولد من اثار الحمل فناسب
ان يذكر هذا الباب عقيب باب العدة **قوله** ومن قال ان تزوجت فلانة
فهي طالق فتزوجها فولدت ولدا لستة اشهر من يوم تزوجها فهو ابنه وعليه المهر
وهذه من خواص مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في رجل يقول ان تزوجت فلانة فهي طالق فيتزوجها فتاتي
بولد لستة اشهر من يوم تزوجها قال هو ابنه وعليه المهر والمراد من قوله
لستة اشهر لتمام ستة اشهر من حين تزوجها من غير زيادة ولا نقصان
وانما اريد من اليوم الحين اي مطلق الوقت لان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد
يراد به مطلق الوقت وقد مر بيانه في كتابنا الموسوم بالتبيين وانما قيدنا
بقولنا من زيادة ولا نقصان لانها اذا جاءت بالولد لاكثر من ستة اشهر من وقت
النكاح لا يثبت النسب لانها جاءت بالولد بعد الطلاق ظاهرا فلا يثبت
النسب ولا تجب العدة وذلك لان مدة الحمل تقدرت بستة اشهر لتيقنها
كالعلوق بعد الطلاق وكذا اذا جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت النكاح
لا يثبت النسب ايضا لان العلوق يكون حينئذ قبل النكاح وانما يثبت
النسب فيما اذا جاءت بالولد لتمام ستة اشهر من وقت النكاح لان قيام النكاح
ممن تحتمل العلوق منه قايم مقام الوطء في حق اثبات النسب لان النسب مما يحتاط
في اثباته وقد قال عليه السلام الولد للفراش وللعاهر الحجر اي لصاحب الفراش على
حذف المضاف كذا قال المطرزي والفراش العقد كذا فسر الكرخي في املائه
لشرح الجامع الصغير وقد ذكرنا نحن في فصل المحرمات ان الفراش كون المراة
بحال لو جاءت بولد يثبت نسبه منه فيكون الوطء زمان التزوج ثابتا حكما
وان

وان لم يوجد حقيقة والعقد للفراش لانه سبب له ولهذا لو كان من لا يعقل لم يكن
له فراش لا يثبت النسب فان قلت ينبغي ان لا يثبت النسب كما هو قول زفر لانه
كما حصل النكاح وقع الطلاق فلم يكن زمان لا ينقسم لم يكن ان يتصور فيه قلت
لا نسلم انه لا يمكن ان يقربها بعد النكاح اذ من الجائز ان يكون على الحال بها وحالة
الايلاج تزوجها والشهود عنده وقد علق من ساعته فيكون من وقت النكاح ووقت
الوطء واحد وهذا وان كان نادرا يعتبر لان النسب يحتاط فيه ولئن سلمنا
انه لا يمكن ان يقربها حقيقة ولكنه جعل واطيا حكما بالحديث فكان الولد من
مائه حكما فلا يرد علينا السؤال يوضحه ان امكان الدخول ليس بمعتبر عندنا في
اثبات النسب ولهذا لو تزوجها وبينهما مسيرة سنة فجاءت بالولد لستة
اشهر يثبت النسب فان لم يتوهم الدخول لبعده عنها ثم لما ثبت النسب وجب عليه
المهر كاملا لانها صارت في معنى المدخول بها قال الفقيه ابو الليث رحمه الله قال
ابو يوسف في الامالي ينبغي في القياس ان يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق
عليها فوجب نصف المهر ومهر بالدخول قال الا ان ابا حنيفة استحسن
وقال لا يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتاكد
ذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة **قوله** فتاكد المهر به اي بثبوت
النسب **قوله** ويثبت نسب ولد المطلقة الرجعية اذا جاءت
لسنتين او اكثر ما لم تقر بانقضاء عدتها وهذه من مسايل القدوري وتمامه
في مختصره فان جاءت به لاقل من سنتين بانت وان جاءت به لاكثر من
سنتين يثبت نسبه وكانت رجعة والمبتوتة يثبت نسب ولدها
اذا جاءت به لاقل من سنتين فان جاءت به لتمام سنتين من يوم الفرقة
لم يثبت الا ان يدعيه وهذه المسالة مبنية على معرفة اقل مدة الحمل واكثرها
فعلنا اقلها ستة اشهر واكثرها سنتان كما سيجيء بيانها في هذا الباب

ان شاء الله تعالى يثبت هذا قلنا كل موضع يباح الوطء فيه فمدة الحمل مقدرة
بستة اشهر وهو اقرب الاوقات الا انه يلزم اثبات رجعة بالشك
اي ايقاع الطلاق بالشك او استحقاق مال بالشك فحينئذ يسند العلوق
الى ابعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق لان هذه الاشياء لا تثبت بالشك
وكل موضع لا يباح الوطء فيه فمدة الحمل مقدرة بسنتين ولكن العلوق
يسند الى ابعد الاوقات للحاجة الى اثبات النسب وامره مبني على الاحتياط
ثم في الطلاق الرجعي اذا جاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق
يثبت النسب ولا يصير مراجعا لانا نسند العلوق الى ابعد الاوقات لئلا يلزم
اثبات الرجعة بالشك على تقدير اسناده الى اقرب الاوقات وان جاءت
به لاكثر من سنتين وان طال الزمان يثبت النسب ويصير مراجعا لان
امور المسلمين محمولة على الصحة والسلامة ما امكن بيانه انها جاز ان
تكون ممتدة الطهر فوطيها الزوج في آخر الطهر فعلقت اما في الطلاق البائن
فان جاءت به لاقل من سنتين من وقت الطلاق يثبت النسب باسناد
العلوق الى ما قبل الطلاق لان فيه حمل امرها على الصلاح وهو ممكن وان جاءت
به لاكثر من سنتين لا يثبت النسب من الزوج لانه علم يقينا ان الحمل حادث
بعد البينونة سواء كان العلوق من الزوج او غيره فلا يثبت النسب من الزوج
الا ان يدعيه فحينئذ يثبت النسب له لان له وجها صحيحا بان وطيها في عدتها
بشبهة فحملت منه فاذا ادعى يثبت النسب لتأيد وجه الاحتمال بالدعوى
ثم المبتوتة اذا جاءت بالولد لاكثر من سنتين وقد اخذت نفقة جميع المدة
ولم تقر بانقضاء عدتها فهل يلزمها رد شيء من النفقة على الزوج ام لا قال ابو حنيفة
ومحمد رحمهما الله يلزمها رد ستة اشهر وقال ابو يوسف لا يلزمها رد شيء
اصلا وروى بشر عن ابي يوسف مثل قولهما كذا ذكر شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي لهما انها معتدة ظاهرا لانها لم تقر بانقضاء العدة والمعتدة

مستحقة

مستحقة للنفقة والزنا محتمل فلا تحمل عليه فلو جعلناكانها تزوجت
بزوج اخر يلزم حمل امرها على الفساد ومواخذها مال الزوج بغير حق فلا
يلزمها رد شيء ولنا ان هذا العلوق لا يخلو من احد الامرين اما ان يكون
في العدة او بعدها فلا يجوز الاول لان فيه حمل امرها على الفساد بلزوم
الزنا فتعين الثاني وهو ان يكون العلوق بعد العدة بان انقضت
عدتها وتزوجت بزوج اخر فعلقت منه وتزويجها نفسها صار كالاقرار
بانقضاء العدة وبعد انقضاء العدة لا تستحق النفقة فيجب عليها رد ما اخذته
بعد الانقضاء وهو مقدار ستة اشهر لانها ادنى مدة الحمل وفيما يتيقن
وفيما وراء ذلك شك ثم اعلم ان في قوله يثبت نسب ولد المطلقة
في الرجعي والباين فيما اذا كان ثمة شهادة او اعتراف من الزوج بالحبل او حبل
ظاهر كما سيجيء بيانه بعد هذا عند قوله واذا ولدت المعتدة ولدا قوله
والمبتوتة وهي المطلقة طلاقا باينا او ثلثا قوله قيما اي ثلاثا قوله وان
جاءت لتمام سنتين اي ان جاءت المبتوتة بالولد قوله الا ان يدعيه استثناء
من قوله لم يثبت اي لم يثبت النسب اذا جاءت المبتوتة لتمام سنتين الا ان
يدعي الزوج الولد لانه التزمه وله وجه صحيح فان وطيها بشبهة في العدة ثم
اذا ادعى الزوج ثبت النسب ولكن هل يحتاج الى تصديق المراة ام لا قال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فيه روايتان في رواية يحتاج الى
تصديقها وفي رواية لا يحتاج الى التصديق وهو لم يذكره السرخسي في شرح
الكافي والبيهقي في الشامل قوله فان كانت المبتوتة صغيرة يجامع مثلها
فجاءت بولد لتسعة اشهر لم يلزمه حتى تاتي به لاقل من تسعة اشهر عند ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين وهذه من
مسايل الجامع الصغير اعلم ان الصغيرة اذا طلقها زوجها فلا يخلو اما ان
طلقها قبل الدخول او بعده فان طلقها قبل الدخول فجاءت بولد لاقل من ستة

اشهر من وقت الطلاق ثبت النسب وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر لا
يثبت لحصول العلوق بعد انقضاء العدة وان طلقها بعد الدخول فلا يخلو اما ان
اقرت بانقضاء العدة بعد ثلاثة اشهر او لم تقر فان اقرت ثم جاءت بولد
لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار ثبت النسب وان جاءت به لستة اشهر
او اكثر لم يثبت النسب لانقضاء العدة ومجيء الولد لمدة حبل تام بعده فان لم
تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا فعلى قول ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله ان جاءت
بالولد لاقل من تسعة اشهر من وقت الطلاق ثبت النسب والا فلا وعند
ابي يوسف يثبت النسب الى سنتين في الطلاق البائن والى سبعة وعشرين
شهرا في الطلاق الرجعي لانه يحتمل انه وطيها في اخر عدتها وهي ثلثة اشهر
فعلقت ثم مدة الحبل سنتان فالمجموع سبعة وعشرون شهرا وجه قول
ابي يوسف ان هذه معتدة تحتمل ان تحبل ساعة فساعة لانها مراهقة
فاذا جاءت بالولد لاقل من سنتين من وقت الطلاق البائن علم ان العلوق كان
قبل الطلاق فثبت النسب كما في الكبيرة وان جاءت به لاكثر من ذلك
لا يثبت النسب لحصول العلوق بعد البينونة وفي الرجعي يثبت النسب
الى سبعة وعشرين شهرا لان عدتها ثلثة اشهر ومدة حملها بعد ذلك
سنتان وان جاءت به لاكثر من ذلك لا يثبت النسب ووجه قولهما
ان عدة الصغيرة ذات وجه واحد وهي ثلثة الاشهر التي عينها النص وما
كان معينا شرعا كان السكوت والبيان فيه سواء فاذا انقضت ثلثة اشهر
حكم بانقضاء عدتها فصار كاقرارها بالانقضاء فلو اقرت بالانقضاء ثم جاءت
بالولد لاكثر من ستة اشهر لا يثبت النسب فكذلك هنا لما مضت ثلثة اشهر
ثم مضى بعدها ستة اشهر وذلك تسعة لا يثبت النسب سواء كان الطلاق
بائنا او رجعيا بل الحكم بانقضاء العدة بالشرع اقوى من انقضائها باقرار
المراة لان حكم الشرع لا يحتمل الخلاف واقرارها يحتمل ذلك اما الصغيرة المتوفى عنها
زوجها

زوجها فان اقرت بانقضاء العدة بعد اربعة اشهر وعشر ثم جاءت بالولد
لستة اشهر او اكثر لا يثبت النسب وان ادعت حبلا يثبت النسب
لاقل من سنتين وان لم تقر بانقضاء العدة ولم تدع حبلا فعندهما
اذا ولدت لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام وساعة يثبت النسب والا فلا
وعند ابي يوسف ان جاءت بالولد لاقل من سنتين من وقت وفاة الزوج
يثبت النسب والا فلا لان سكوتها بمنزلة الاقرار بالحبل عنده اما عندهما
فسكوتها بمنزلة الاقرار بانقضاء العدة لان عدتها ذات جهة واحدة لانها
لا تحتمل الحبل لصغرها **قوله** لانقضاء عدتها اي عدة الصغيرة جهة
متعينة وهي الاشهر لقوله تعالى واللائي لم يحضن **قوله** وهو في الدلالة
فوق اقرارها اي حكم الشرع في الدلالة على انقضاء العدة فوق اقرار المراة
بانقضاء العدة لان اقرارها يحتمل الكذب والخلاف وحكم الشرع لا **قوله**
وان كانت الصغيرة ادعت الحبل في العدة فالجواب فيها وفي الكبيرة سواء
وذلك لانها اعرف بامر عدتها حتى يثبت نسب ولدها لاقل من سنتين في
الطلاق البائن ولاقل من سبعة وعشرين شهرا في الرجعي وبه صرح في شرح
الطحاوي الا ان في الكبيرة يثبت النسب لاكثر من سنتين وان طال الزمان في
الطلاق الرجعي لاحتمال انها كانت ممتدة الطهر فوطيها في اخر طهرها وهنا
في الصغيرة اذا مضت ثلثة اشهر بعد الطلاق يحكم بانقضاء العدة ثم
اذا ولدت بعد ذلك لاقل من سنتين يكون العلوق في العدة ويثبت النسب و
الا فلا **قوله** ويثبت نسب ولد المتوفى عنها زوجها ما بين الوفاة وبين
السنتين وهذه من مسائل القدوري وهذا اذا لم تكن المتوفى عنها زوجها صغيرة
لان نسب ولدها يثبت اذا ولدت لاقل من عشرة اشهر وعشرة ايام ثم ان
ولدت لاكثر من ذلك لا يثبت عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف والمسئلة
محفوظة في شرح الكافي قد بيناها قبل هذا ثم يرد عليه قول صاحب الهداية

ايضا في المتن في بيان الدليل بخلاف الصغيرة وينبغي لك ان تعرف ان
نسب المتوفا عنها زوجها انما يثبت ما بين الوفاة وبين السنتين اذا لم تعترف
بانقضا العدة فاذا اعترفت بالانقضا ثم ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت
الاقرار يثبت النسب والا فلا ويدل عليه المسئلة الثانية وهذا مذهبنا
وقال زفر اذا لم تدع الحبل في مدة العدة وجاءت به لعشرة اشهر وعشرة
ايام لم يثبت النسب قياسا على الصغيرة المتوفا عنها زوجها ولان عدة
المتوفا عنها زوجها ذات جهة واحدة وهي الاشهر لقوله تعالى يتربصن
بانفسهن اربعة اشهر وعشرا الا اذا كانت مملوكة فيكون عدتها شهرين
وخمسة ايام لان الرق منصف فاذا انقضت ايام العدة ولم تدع الحبل
والاصل عدم الحبل حكمنا بانقضا العدة لتعين الجهة ثم بعد انقضا العدة
اذا ولدت لاقل من ستة اشهر ثبت النسب لانا تيقنا بوجود الحبل قبل انقضا العدة
واذا ولدت لاكثر من ذلك فلا لاحتمال حدوث الحبل فلا يثبت النسب
بالشك **ولنا** ان المتوفا عنها زوجها عدتها ذات جهتين لانها اذا كانت
حاملا فعدتها وضع الحمل وان لم تكن حاملا فعدتها الاشهر فبمجرد انقضا الاشهر
لا نحكم بانقضا العدة ما لم تقر بذلك لعدم تعين الجهة بخلاف الصغيرة فان
الصغر مناف للحبل فاذا انقضت اربعة اشهر وعشرة ايام ولم
تدع الحبل حكمنا بانقضا العدة لتعين الجهة وان لم تقر بانقضائها ثم اذا ولدت
لاقل من ستة اشهر بعد انقضا العدة يثبت النسب وان ولدت لاكثر من ذلك
فلا لوجود الشك لانه يحتمل ان يكون الحبل حادثا **قوله** كما بينا في الصغيرة
في الصغيرة اشارة الى قوله ان لانقضاء عدتها جهة متعينة وجوابه مر انفا
قوله لانها ليست بمحل قبل البلوغ وفي البلوغ شك وكان الصغر ثابتا
بيقين فلا يزول بالشك **قوله** واذا اعترفت المعتدة بانقضا عدتها ثم جاءت
بالولد لاقل من ستة اشهر يثبت نسبه وهذه من مسائل من مختصر القدوري
وثانيها

وثانيها في وان جاءت به لستة اشهر لم يثبت قال الشيخ ابو نصر البغدادي وقال
الشافعي يثبت منه الا ان يكون قد تزوجت فيثبت من الثاني وان ولدت
به لاكثر من سنتين وهذا الذي ذكره القدوري فيما اذا كانت معتدة سواء
كانت عن وفاة او عن طلاق باين او رجعي لانه اطلق المعتدة ولم يقيدها
بما يدل عليه ثم ذكر فخر الاسلام البزدوي وغيره في شروح الجامع الصغير
بقولهم اذا اقرت بانقضا العدة في الطلاق البائن او الرجعي في مدة تصلح
لثلثة اقراء ثم ولدت فان ولدت لاقل من ستة اشهر منذ اقرت واقل
من سنتين منذ بانت وفي الرجعي كيف ما سوا ولدت لاكثر من سنتين او لاقل من
ذلك بعد ان يكون ولادتها لاقل من ستة اشهر الى ما كان بعد ان يكون لاقل
من ستة اشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لعلمنا ببطلان
الاقرار وان ولدت لستة اشهر منذ اقرت لم يثبت لانا لم نعلم بفساد
الاقرار وكذلك في الوفاة اذا اقرت بانقضا العدة بعد مضي اربعة اشهر و
عشرة ايام ثم ولدت لاقل من ستة اشهر منذ اقرت ثبت النسب و
اذا ولدت لستة اشهر فصاعدا لم يثبت لان عدة الوفاة تحتمل الانقضا بالحمل
بالحمل ويثبت النسب لسنتين واما الايسة اذا ولدت بعد الطلاق
الرجعي او البائن فحكمها حكم ذوات الاقرا لان اليأس بطل بالولادة فيثبت
نسب ولدها في البائن لاقل من سنتين وفي الرجعي لاكثر من ذلك ما لم
تقر بانقضا العدة **اما اذا اقرت** بانقضا العدة مفسرا بثلثة
اشهر او مطلقا في مدة تصلح لثلثة اقراء ثم ولدت لاقل من ستة اشهر
من وقت الاقرار يثبت النسب والا فلا لان مطلق اقرارها يحمل على الاقرار لما
بطل اليأس وفي الوفاة اذا اقرت بالانقضا ثم ولدت فهي بمنزلة ذوات
الاقراء بلا تفصيل حتى اذا ولدت بعد مضي اربعة اشهر وعشرة ايام لاقل من
ستة اشهر من وقت الاقرار ثبت النسب والا فلا فان قلت

بالاشهر فاذا اقرت بانقضا العدة بالاشهر
اقرارها واذا لم تفسر وجب الانقضا به

ينبغي أن يثبت النسب وإن ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار
لا يثبت لأنها أتت بالولد لمدة يحتمل جاز أن يكون منه وليس ثمة ما يمنع أولى منه **قلت**
النساء أمينات في إخبارهن عن عدتهن والقول قول الأمين ما لم يثبت كذبه
فإذا ولدت لأقل من ستة أشهر ظهر أنها كانت حبلى في العدة فتبين كذبها
في الإقرار بانقضاء عدتها وإذا ولدت لأكثر من ستة أشهر من وقت الإقرار لم يثبت
كذبها ولم يبطل إقرارها ولم يثبت النسب لاحتمال حدوث الحمل بعد
الفرقة **قوله** وهذا اللفظ بإطلاقه أي لفظ القدوري وهو قوله وإذا
اعترفت المعتدة من بائنة أنها **قوله** وإذا ولدت المعتدة ولدا لم يثبت
نسبه عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل
وامرأتان إلا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت
النسب من غير شهادة وقال أبو يوسف ومحمد يثبت في الجميع بشهادة امرأة
واحدة وهذه من مسائل القدوري رحمه الله **اعلم** أن المعتدة إذا ولدت
لا يثبت نسب ولدها ما لم يوجد الشهادة التامة أعني شهادة رجلين أو
رجل وامرأتين عند أبي حنيفة رضي الله عنه إلا إذا كان الحبل ظاهرا أو
كان اعترفت الزوج فيثبت النسب بغير شهادة تامة وعندهما يثبت النسب
في جميع الصور أعني فيما إذا كان الحبل ظاهرا والاعتراف ثابتا أو لم يكن بشهادة
امرأة واحدة وفسر في شرح الكافي المرأة الواحدة بالقابلة وينبغي أن يكون
القابلة حرة عدلة كما صرح في المسائل وقال الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تقبل شهادة المرأة إذا كانت حرة مسلمة ويثبت
النسب وله الميراث وينبغي لك أن تعرف أن المعتدة بإطلاقها تتناول
المعتدة عن وفاة أو عن طلاق بائن أو رجعي ولهذا قال فخر الإسلام البزدوي
رحمه الله في شرح الجامع الصغير وإن ادعت أنها ولدت وذلك بعد الوفاة
أو طلاق بائن لم يثبت ذلك إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين
عند أبي حنيفة

عند أبي حنيفة وكذلك بعد الطلاق الرجعي وقال أبو يوسف ومحمد
رحمهما الله يثبت بشهادة القابلة إلى هنا لفظ البزدوي وقال في المختلف
شهادة القابلة على الولادة لا تقبل إلا في أبواب منها ظهور الحبل أو إقرار الزوج
بالحبل أو قيام الفراش حتى أن المعتدة عن وفاة إذا أنكر الورثة في
الولادة وفي الطلاق البائن إذا أنكرها الزوج وفي تعليق الطلاق
بالولادة لا تقبل إلا بينة فلا يقبل شهادة القابلة إلا عند ما ذكرنا من
القرائن وعندهما يقضى بشهادة القابلة وحدها إلى هنا لفظ المختلف وجه
قولهما ما روي عن سعيد بن المسيب وغيره عن رسول الله صلى الله عليه أنه قال
شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه واللام للجنس فهو واقع
على الأدنى مع احتمال الكل فجازت شهادة القابلة ولهذا لو كان الفراش
قائما أو الحبل ظاهرا أو اعترف الزوج يثبت النسب بشهادة المرأة فلذلك
هنا الضرورة أنه لا يطلع عليه الرجال ولأن قيام العدة ملزم للنسب ولا حاجة إلى ذلك
وإنما الحاجة إلى تعيين الولادة فيثبت التعيين بشهادة القابلة كما في حال قيام
الفراش أو إقرار الزوج بالحبل أو ظهور الحبل ووجه قول أبي حنيفة رضي الله عنه
أن المرأة كما ولدت صارت أجنبية لانقضاء عدتها ونسب ولد الأجنبية من
الأجنبي لا يثبت إلا بحجة تامة فلا يقضى بشهادة القابلة وحدها بخلاف ما إذا كان
الفراش قائما فإن ثبوت النسب بالفراش وإنما ظهر الولادة بالشهادة
وكذلك إقرار الزوج بالحبل وظهور الحبل في حال قيام النكاح يثبت النسب به
وشهادة القابلة لتعيين الولد فحسب ولأن شهادة النساء حجة ضعيفة لقوله
عليه السلام إنهن ناقصات العقل والدين فلا بد من أن تتأيد بمؤيد ولهذا
لا تجوز شهادتهن أصلا فيما يطلع عليه الرجال وإن كثرن وقيام الفراش
مؤيد لأن الفراش إذا كان قائما يتوقع الولد في كل وقت وكذا إذا أقر الزوج أو
كان الحبل ظاهرا وتحقيقه أن منع قولهما بأن يقال لا نسلم أن أمر الولادة مما لا يطلع عليه

الرجال اذ لا يمكن اطلاع الرجال عليه الا بشهادة فلا يعتبر قول الواحدة وما ذكر
صاحب الهداية في تعليل قولهما بقوله لان الفراش قائم بقيام العدة فيه
نظر لانه ان اراد بقيام الفراش كون المرأة منكوحة في الحال فليس كذلك
لان النكاح قد زال بالوفاة والبينونة وان اراد بها قيام الحل فليس كذلك لان الحل
منتف بعد الوفاة والبينونة ايضا [illegible] وباطلاق هذا اللفظ فخر الاسلام
البزدوي في شرح الجامع الصغير **قوله** وان كانت معتدة عن وفاة فصدقها
الورثة في الولادة ولم يشهد على الولادة احد فهو ابنه في قولهم جميعا وهذه من
المسائل المعادة في الجامع الصغير واصل المسئلة في كتاب الدعوى وصورتها في
الجامع الصغير عن محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يموت عن امرأته فتأتي
بولد فيصدقها الورثة انها ولدته قال هو ابنه ويرثه وان لم يشهد على الولادة
احد قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله معنى هذا الكلام اذا اقر جميع الورثة
له فيشاركهم باقرارهم وان اقر به جماعة يقطع الحكم بشهادتهم بان صدقها
رجلان منهم او رجل وامرأتان منهم فوجب الحكم باثبات نسبه حتى يشارك المصدقين
والمنكرين جميعا وهذا جواب الاستحسان وفي القياس لا يثبت النسب لانهم اقروا
على الميت كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وجه الاستحسان
انه لا تهمة في قولهم فصار قولهم بمنزلة الاقرار من وجه والشهادة من وجه
فلما اشبه الشهادة ثبت النسب بقول الورثة ولما اشبه الاقرار جاز وان لم يكن
بلفظ الشهادة واختلف مشايخنا في ان لفظة الشهادة هل يشترط من
الورثة ام لا قال بعضهم يشترط بعد ان يكون في مجلس الحكم كذا قال في عل
فخر الاسلام وذلك لان النسب لا يثبت في حق الناس كافة الا بلفظة الشهادة
وقال بعضهم لا يشترط واليه ذهب الفقيه ابو الليث رحمه الله وفي لفظ الجامع الصغير
اشارة اليه لانه قال صدقها الورثة ولم يقل شهد الورثة وذلك لان لفظة
الشهادة انما يشترط عند قيام المنازعة في مجلس القضاء ولا منازعة هنا
لان الورثة

لان الورثة لما صدقوها ارتفعت المنازعة فصار ذلك بمنزلة حبل ظاهر ولان
ثبوت النسب في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم وما ثبت تبعا ومثله
لا يراعى فيه الشرائط كثبوت الاقامة من الجند اذا كانوا في المفازة او في البحر
مقيمين تبعا لسلطانهم اذا نوى الاقامة في المصر كلهم ليس موضع الاقامة في
حقهم وهو ثبوت المد تبعا كذا قال شيخنا برهان الدين [illegible] رحمه
الله وهذا اذا صدقها الورثة اما اذا لم يصدقها الورثة فلا يثبت النسب الا
بشهادة رجلين او رجل وامرأتين وقد مر بيانه في المسئلة المتقدمة **قوله**
هل يثبت في حق غيرهم اي هل يثبت النسب في حق غير المصدقين وغيرهم
هم المنكرون من الورثة وغريم الميت فاذا كان المصدق قوما من اهل الشهادة بان
كانوا ذكورا او ذكورا واناثا يثبت النسب في حق غيرهم حتى يشارك الولد المنكرين
ايضا في الارث ويطالب غريم الميت بدينه **قوله** واذا تزوج الرجل امرأة
فجاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم تزوجها لم يثبت نسبه وهذه من
مسائل القدوري وانما لم يثبت النسب لان اقل مدة الحمل ستة اشهر بالاجماع
فاذا ولدت لاقل من ذلك من وقت النكاح يعلم يقينا ان العلوق كان قبل العقد
فلا يثبت النسب **قوله** وان جاءت به لستة اشهر فصاعدا يثبت نسبه
منه اعترف به الزوج او سكت وهذا ايضا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان
العلوق حصل في ملكه اما اذا ولدته لاكثر من ستة اشهر فظاهر
وكذا اذا ولدته لستة اشهر لاحتمال انه تزوجها وهو عليها فوافق الانزال
النكاح والنسب يحتاط في اثباته فيثبت فان قلت مثل هذا الاحتمال
موجود في المبتوتة اذا ولدت لسنتين اذ يجوز ان يطلقها وهو عليها فيوافق
الانزال الطلاق ومع هذا لا يثبت النسب قلت انما يثبت النسب هنا
حملا لامرها على الصلاح لانه لو لم يثبت النسب يلزم اما ان يكون الولد من الزنا او
من زوج اخر قبل هذا الزوج وكلاهما فيه حمل امرها على الفساد اما الزنا فظاهر

ولنا اذا كان الولد من زوج اخر لان نكاح المعتدة لا يجوز بخلاف المبتوتة فان
نسب ولدها اذا لم يثبت من الزوج الذي طلقها لوجود الشبهة لا يلزم حمل
امرها على الفساد اذ من الجايز انها انقضت عدتها ثم تزوجت بزوج اخر ليس فيه حمل
امرها على الفساد فظهر الفرق **قوله** فان جحد الولادة يثبت بشهادة
امراة واحدة تشهد بالولادة وهذه من مسايل القدوري وهي لفظه في مختصره وقال
محمد رحمه الله في الجامع الصغير في امراة ولدت فقال الزوج لم تلد به فشهدت
به امراة فنفاه الزوج لاعن واراد بامراة واحدة حرة مسلمة وبه صرح في
المبسوط **اعلم** ان هنا اختلافا ذكره في شرح الكافي فعندنا يقبل شهادة
امراة حرة مسلمة على الولادة ويثبت النسب عند الشافعي لا بد من
اربع نسوة وعند ابن ابي ليلى لا بد من شهادة امراتين لان المعتبر في باب الشهادة
العدد والذكورة فسقط الذكورة للضرورة وبقي العدد وجه قول الشافعي
ان الحجة لا تتم الا بشهادة رجلين او اربع نسوة واربع نسوة بمنزلة رجلين
فسقط الذكورة وبقي العدد لما قلنا **ولنا** ان هذا امر لا يطلع عليه الرجال
فيقبل فيه قول النساء منفردات وكل ما يقبل فيه قول النساء منفردات
يقبل فيه قول الواحدة كما في الاخبار عن رسول الله صلى الله عليه ولان هذا خبر
من وجه شهادة من وجه لاختصاصه بمجلس الحكم فما تردد بين
شيئين نوفر حظه منهما فباعتبار الاول يسقط العدد والذكورة شرطا
وباعتبار الثاني كان الحرية ولفظة الشهادة شرطا ثم لما ثبتت الولادة بشهادتها
ثبت النسب بالفراش لا بشهادتها ولهذا المعنى ثبت من غير دعوة فاذا
نفاه الزوج لاعن لان اللعان يجب بالقذف الصحيح لا بشهادة المراة ولا يتعلق
اللعان بنفي الولد لا محالة فانه يجري بدون نفي الولد فاعتبر القذف منفصلا
عن نفي الولد فصار كانه لم ينفه فثبت النسب بالفراش القايم ولا ينتفي
الا باللعان على نفيه في مدة يصح نفيه فيها وقد مر بيان المدة في باب
اللعان

اللعان فكذلك لو قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت
امراة على الولادة ثبت النسب وصارت جاريته ام ولد له لان شهادة
القابلة في الولادة وتعيين الولد صحيحة [illegible] بدعوة الرجل بقوله
فهو مني ثم امومية الولد باقية لثبات النسب [illegible] امومية ايضا **قوله**
من ضرورته اي من ضرورة اللعان **قوله** فان ولدت ثم اختلفا فقال
الزوج تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي منذ ستة اشهر فالقول قولها وهذه
من مسايل الجامع الصغير المعادة واصل المسئلة في كتاب الدعوى وصورتها
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل تزوج امراة
فجاءت بولد فقال تزوجتك منذ اربعة اشهر وقالت هي تزوجتني منذ ستة فالقول
القول قولها وهو ابنه وذلك لان حال المسلمين محمولة على الصلاح ففي اعتبار
قوله يلزم الحمل على الفساد لانه حينئذ يكون الحمل من الزنا او من معتدة الغير
وليس غرض الزوج الا ابطال النسب فلا يصدق على ابطاله لانه ثابت
بالفراش ولا يبطل النكاح بهذا الكلام وان دام الزوج على ذلك وبه صرح البزدوي
في شرح الجامع الصغير لان الشرع لما الزمه النسب صار كانه اقر بالنسب كمن قال
لامراته وهي معروفة النسب هذه بنتي ودام عليه ان النكاح لا يبطل فكذلك
ههنا **قوله** لان الظاهر شاهد لها لا يقال الظاهر شاهد له ايضا لان
الاصل في الحوادث ان يضاف الى اقرب الاوقات فتعارضا فلا بد من دليل الترجيح
لانا نقول الجواب الذي فيما بينا قبل هذا وهو لزوم حمل امرها على الفساد
على تقدير اعتبار قول الزوج فلا يجوز ذلك **قوله** ولم يذكر الاستحلاف
اي لم يذكر محمد رحمه الله ان المراة تستحلف ام لا فيجب ان يكون على الاختلاف
المعروف في الاشياء الستة فتستحلف عندهما خلافا لابي حنيفة لان الاختلاف
وقع في النسب والنكاح **قوله** وان قال لامراته اذا ولدت ولدا فانت
طالق فشهدت امراة على الولادة لم تطلق عند ابي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق

وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيما اذا علق رجل طلاق
امراته بولادتها فقالت ولدت فشهدت به القابلة ولم يقر بالحبل ولا كان ظاهرا لم
تقبل الطلاق الا بشهادة رجلين او رجل وامراتين عند ابي حنيفة رضي الله عنه
عرفت
قال ابو يوسف ومحمد يقبل شهادة القابلة فيه وبهذا عرفت ان صاحب
الهداية ترك قيدين في المسلة فلا بد من الحاقهما وهما عدم اقرار الزوج بالحبل والاخر
عدم كون الحبل ظاهرا فهنا مسلتان اما ان يقر الزوج بالحبل لا يقع الطلاق
بقولها ولدت ولا يثبت النسب بالاتفاق اذا لم تشهد القابلة اما اذا شهدت
القابلة ففيه اختلاف قال ابو حنيفة رحمه الله يثبت النسب ولكن لا يقع الطلاق
وقال صاحباه يثبت النسب ويقع الطلاق لقوله عليه السلام شهادة النساء
جايزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه فلما قبلت شهادة القابلة في الولادة قبلت
فيما يبتني على الولادة ايضا وهو الطلاق لان وقوع الطلاق متعلق بها ولان
شهادة القابلة حجة تامة في حال قيام الفراش في حق ثبوت النسب
وغيره واستشهد ابو يوسف ومحمد رحمهما الله في الاصل بقولهما الا ترى
انه لو قال ان كان بامتي هذه حمل فهو مني فولدت بعد هذا القول
لاقل من ستة اشهر فانكر ان تكون ولدته وشهدت امراة على الولادة
ثبت النسب وكانت الامة ام ولد له وكذلك لو ولدت امراة رجل فقال
الزوج ليس هو مني ولا ادري ولدته ام لا فشهدت امراة على الولادة
وجب اللعان وان كان الزوج عبدا او حرا محدودا في قذف والمراة حرة
مسلمة وجب الحد على الزوج وثبت النسب وهذا في كله شهادة
امراة فكذلك الطلاق ولابي حنيفة رضي الله عنه انها ادعت الحنث
على الزوج وهو وقوع الطلاق والزوج ينكر ذلك فلا بد من حجة تامة وشهادة
القابلة ليست بحجة تامة لان شهادتها انما قبلت للضرورة لان مجلس
الولادة لا يطلع عليها الرجال والثابت بالضرورة لا يتعدى موضع الضرورة
والحكم

والحكم المختص بالولادة هو ثبوت الولد وثبوت اللعان عند نفي الولد
فاما وقوع الطلاق والعتاق فليس بحكم مختص بالولادة لوجود
الانفكاك بين الولادة والطلاق وغيرها فلا يقبل قول القابلة
في حق الطلاق ولانها امينة في حق الولد والطلاق ليس من احكام
الولد فلا يقبل قولها فيه كما اذا قال لامراته اذا حضت فانت طالق وفلانة
فقالت حضت فانها تصدق في طلاق نفسها لا في طلاق ضرتها لانها
امينة في امر نفسها لا غير فكذلك هنا تصدق في النسب لا في الطلاق وان
الخلاف فيما اذا شهدت امراة على استهلال الصبي عند دعوى حيوته لتورث
يقبل عند ابي حنيفة خلافا لهما اما اذا اقر الزوج بالحبل ثم علق طلاقها
بالولادة فقالت ولدت وكذبها الزوج وقع الطلاق من غير شهادة
القابلة عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يقع الطلاق ما لم تشهد القابلة
بالولادة لانها ادعت الحنث وهو وقوع الطلاق على الزوج والزوج ينكر
ذلك فلا بد من الحجة عند وقوع المنازعة وشهادة القابلة حجة في باب
الولادة فما لم تشهد لا يقع الطلاق ولابي حنيفة ان الزوج جعلها امينة
في الولادة لما شهد بها على الحبل لان الولد لا بد له من الخروج من الرحم حيا كان
او ميتا فيقبل قولها كما اذا قال لها اذا حضت فانت طالق فقالت حضت
يقع الطلاق لانها امينة في الاخبار فكذلك هنا بخلاف النسب حيث
لا يثبت بمجرد قولها ما لم تشهد القابلة لان الولد لا يدرى انه كان حيا او ميتا
فلا يصدق على النسب ما لم تشهد القابلة لان بقول المراة يثبت مجرد
الولادة ويلزم من ذلك تعيين هذا الولد فلا بد من شهادة القابلة في تعيين الولد
قوله لانه ينفك عنها اي لان الطلاق ينفك عن الولادة **قوله** وشهادتها
حجة فيه اي شهادة القابلة حجة في الحنث **قوله** اقرار بما يفضي اليه
اي بالشيء الذي يفضي الحبل الى ذلك الشيء والضمير في دهو الولادة راجع الى ما

قوله فان اكثر مدة الحمل سنتان اي قال القدوري في مختصره وانما
قدم القدوري بيان اكثر مدة الحمل على اقلها لشدة العناية بها لان الخلاف
وقع في الاكثر لا في الاقل واعلم ان اقل مدة الحمل ستة اشهر بالاتفاق
لقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقوله تعالى في موضع اخر
وفصاله في عامين فلما ذهب مدة الفصال حولين لا يبقى للحمل ستة اشهر
لا محالة وقال محمد في الاصل بلغنا عن عثمان بن عفان رضي الله عنه انه
اتي بامراة قد ولدت لستة اشهر فهم برجمها فقال ابن عباس
رضي الله عنهما اما انها لو خاصمتكم بكتاب الله تعالى وحمله وفصاله لخصمتكم قال الله
ثلاثون شهرا وقال في مكان اخر وفصاله في عامين فصار الحمل ستة اشهر
فدرا عثمان عنها الحد وقال ايضا وبلغنا عن علي ابن ابي طالب مثل قول ابن
عباس اما اكثر مدة الحمل ففيه اختلاف عندنا سنتان وعند مالك
والشافعي اربع سنين وعند ليث ابن سعد ثلث سنين وعند الزهري
سبع سنين واحتج الشافعي بحكايات مثل ان محمد بن عجلان مولى فاطمة
بنت الوليد بن عقبة بقي في بطن امه اربع سنين وكذلك هرم بن حيان
فسمي هرما لهذا والضحاك بن مزاحم هكذا فسمي ضحاكا لهذا لانه ضحك حين
ولد وعبد العزيز الماجشوني ولدته امه لاربع سنين وهي عادة معروفة
في نساء ماجشون وروي عن العلا ابن عبد الرحمن المخزومي مثله ولنا
ما روى اصحابنا رضي الله عنهم في المبسوط وغيره عن عائشة رضي الله عنها
انها قالت الولد لا يبقى في بطن امه اكثر من سنتين ولو بظل مغزل وفي رواية
المبسوط ولو بفلكة مغزل اي بقدر ظل مغزل الذي يدور فلكة مغزل
وهو مثل في تقليل المدة يعني لا يبقى لاكثر من سنتين وان قل والظاهر انها
قالته سماعا من رسول الله صلى الله عليه لان العقل لا يهتدي اليه
لان ما في الرحم لا يعلم الا الله تعالى لقوله تعالى ويعلم ما في الارحام وما
زاد

زاد على سنتين ناخذ بقول الاثر ليس للراي على المقادير والحكايات
محتملة فلا يعول عليها او الاثر على الحكاية لانها يحتمل ان تحسب حملها من
زمان انقطاع الحيض وانقطاع الحيض قد يكون بالحمل وقد يكون باسباب اخرى
فيجوز ان ينقطع حيضها بسبب المرض سنتين ثم حبلت فبقي الحبل
في سنتين فظنت انها حبلت اربع سنين ولانا قلنا بيقين لكونه
اقل فيه الاثر وما زاد على ذلك ففيه شك ولا اثر فيه والفصل
والفصال كالفطم والفطام وزنا ومعنى قوله ومن تزوج امة فطلقها
ثم اشتراها فان جاءت بولد لاقل من ستة اشهر منذ يوم اشتراها
لزمه والا لم يلزمه وهذه من خواص الجامع الصغير وهذه المسالة اذ
ردها الصدر الشهيد رحمه الله في شرح الجامع الصغير ثم قال يريد به
اذا طلقها بعد الدخول بها فانه لو كان الطلاق قبل الدخول بها لا يلزمه
الولد الا ان يجيء بالولد لاقل من ستة اشهر من وقت الطلاق وقاله بعض الشارحين
ولنا فيه نظر لان الطلاق قبل الدخول باين والحكم في المبانة ان نسب
ولدها يثبت الى سنتين من وقت الطلاق وقد مر بيان ذلك نعم ان محمدا رحمه الله
وضع المسالة في الجامع الصغير في المدخول بها وقال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رحمه الله
في رجل تزوج امة فدخل بها ثم طلقها ثم اشتراها ثم جاءت بولد فان جاءت به
لاقل من ستة اشهر من يوم اشتراها لزمه وان جاءت به لاكثر من ذلك لم يلزمه وفي
بعض نسخ الجامع الصغير لم يذكر لفظة ثم طلقها ولا تفاوت في الحكم بينهما على ما نبين
ان شاء الله تعالى اعلم ان هذه المسالة لا تخلو من ثلاثة اوجه اما ان يكون
الطلاق رجعيا او باينا او ثنتين اما اذا كان رجعيا فجاءت بولد لاقل من ستة
اشهر من وقت الشراء ثبت النسب لان العلوق في علم يقينا انه كان قبل الشراء
وقبل الشراء هي معتدة ونسب ولد المعتدة يثبت من غير دعوة وكذا اذا لم يكن
ثم طلاق اصلا لانه حينئذ يكون الولد ولد المنكوحة ولا حاجة الى الدعوة في

نسبه بلا خلاف اذا ولدت لاكثر من ستة اشهر من وقت الشرا حيث لا يثبت بلا دعوة
وذلك لان الحادث يحال الى اقرب الاوقات وذلك ستة اشهر فيكون الولد ولد المملوكة
فيحتاج الى الدعوة لا محالة وهذا هو جواب الكتاب اعني الجامع الصغير واما اذا كان
الطلاق بائنا يثبت النسب لاقل من ستة اشهر من وقت الشرا ولاقل من سنتين من وقت
الطلاق وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر من وقت الشرا لا يثبت النسب ما لم
يدع سواء كان من وقت الطلاق سنتان او اقل او اكثر وذلك لان الحرمة في الطلاق
البائن حرمة موقتة ترتفع بالتزوج مرة وبالشرا اخرى فيحل له وطيها بعد الشرا
لارتفاع الحرمة فان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الشرا ثبت النسب
بلا دعوة لانه ولد المعتدة وان ولدت لاكثر من ذلك لا يثبت النسب لانه ولد المملوكة
فلا بد من الدعوة كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولكن بغير هذه العبارة ف
اما اذا كان الطلاق ثنتين يثبت نسب الولد الى سنتين من وقت الطلاق وان لم يدع
فان ولدت لاكثر من ذلك لا يثبت النسب الا اذا ادعاه وذلك لان الامة تحرم
حرمة غليظة بطلقتين فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره فيضاف العلوق الى
ابعد الاوقات وهو ما قبل الطلاق حملا لامرها على الصلاح لانا لو لا احلناه
الى اقرب الاوقات يلزم الحرام للزوم الوطء بعد الشرا فلا تحل حتى تنكح
زوجا غيره فلما ثبت العلوق من ابعد الاوقات ثبت النسب من غير دعوة لان
الولد ولد المعتدة **قوله** في الوجه الاول اراد به ما اذا ولدته لاقل من ستة
اشهر وفي الوجه الثاني اراد به ما اذا ولدته لستة اشهر او اكثر من وقت
الشرا وقول صاحب الهداية وهذا اذا كان الطلاق واحدا بائنا او خلعا او
رجعيا ليس فيه كثير فائدة لان البائن يشمل الخلع فيندرج تحت البائن
وقوله اما اذا كان الطلاق ثنتين يثبت النسب الى سنتين من وقت
الطلاق فيه ايهام لانه ربما يظن ظان ان الطلاق اذا كان واحدا بائنا لا يثبت
النسب فيه الى سنتين وليس كذلك لان النسب في البائن يثبت الى سنتين
من وقت

من وقت الطلاق وان لم يدع وقد استوفينا قبل هذا **قوله** ومن قال
لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امراة على الولادة فهي ام ولده
وهذه من المسائل المعادة في الجامع الصغير وذلك لان النسب يثبت باقرار المولى
والحاجة الى اثبات الولادة وتعيين الولد فيثبت ذلك بشهادة القابلة
وقد مر بيانه قالوا هذا فيما اذا ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الاقرار فان
ولدت لستة اشهر او لاكثر لا يلزمه لانه لم يصح دعوى هذا الولد لاحتمال
انها لم تكن حبلى وقت مقالة المولى ومثله مسئلة كتاب العتاق وان قال ما في بطنك
حر فولدت بعد ذلك لستة اشهر لم يعتق وان ولدت لاقل من ستة اشهر
عتق ولكن ينبغي لك ان تعرف انه فيما اذا قال ان كان في بطنك ولد فهو حر
ان كان بها حبل فهو مني بلفظ التعليق اما اذا قال هذه حامل مني يلزمه الولد
وان جاءت به لاكثر من ستة اشهر الى سنتين حتى ينفيه وبه صرح في الاجناس
في كتاب العتاق **قوله** ومن قال لغلام هو ابني ثم مات فجاءت ام الغلام قالت
انا امراته فهي امراته وهو ابنه يرثانه وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال لغلام هذا ابني
ثم مات الرجل ثم جاءت ام الغلام وهي حرة فقالت انا امراته وهذا الغلام ابنه قال
هي امراته وهو ابنه يرثانه جميعا اي الابن والام يرثان الميت وهذا استحسان
كذا قاله في النوادر ووجه ذلك ان نسب الولد لما ثبت باقرار الرجل ثبت نكاح
امه ايضا لانها معروفة بانها حرة من الاصل وبانها ام هذا الولد لان نسب ولد
الحرة من الاصل انما يثبت اذا كان ثم نكاح والا فلا فان قلت سلمنا ان
النكاح ثبت بهذه الدلالة ولكن لا نسلم صحة النكاح فانه قد يكون صحيحا
وقد يكون فاسدا فينبغي ان لا ترث المراة وهو القياس قلت لما ثبت النكاح
ثبت الصحة ايضا لان امور المسلمين محمولة على الصحة والسلامة دون الفساد
ومجرد الاحتمال لا يعتبر ما لم يتبين الفساد فان قلت سلمنا ان

النكاح صحيحا ولكن تحوزانه كان طلقها فلا ارث لها فانت لما
ثبت صحة النكاح حكمنا بانه كان فاما الميراث الرجل لا اصل في
كل ثابت دوامه اذا وجد المزيل ولم يتبين ذلك هنا ولو لم يعرف ان بانها
حرة من الاصل الميراث لان ثبوته ان يقول لها انت كنت ام ولد لي ثم او انا
عتقتك بموته غاية ما في الباب انها حرة في الحال والتمسك باستصحاب الحال
لمعرفة الحكم في الماضي يصلح للدفع لا للاثبات فيندفع عنها الرق ولا يثبت
الارث وقال الامام التمرتاشي لها مهر مثلها لانهم اقروا بالدخول ولم يثبت
كونها ام ولد بقولهم وفيه نظر لان الدخول انما يوجب مهر المثل في غير صورة
النكاح اذا كان الوطء عن شبهة ولم يثبت النكاح هنا والاصل عدم الشبهة
فبان دليل يحمل على ذلك فلا يجب مهر المثل وايضا انا لم نوجب الارث لان
الاستصحاب لا يصلح للاثبات فلو وجب مهر المثل لكان صالحا للاثبات
فلا يجوز وقال بعض الشارحين النكاح فيما اذا كانت حرة من الاصل ثابت
بطريق الاقتضاء لتصحيح النسب ففيه نظر لان المقتضى انما يثبت لتصحيح
المقتضي لا محالة والمقتضي وهو النسب يصح بلا ثبوت المقتضى من النكاح بان
يكون الوطء عن شبهة او يكون الولد ولد ام الولد فلم يفتقر ثبوت النسب
الى النكاح لا محالة

باب الولد من احق به

لما فرغ عن بيان ثبوت النسب من المنكوحة والمعتدة شرع في بيان من
يحضن الولد الذي ثبت نسبه اذا وقعت الفرقة ثم شرع في فصل بين
فيه الغيبوبة بالولد عن المصر ثم شرع في فصل اخر ذكر فيه نفقة والدة هذا
الولد وذكر في فصل اخر وجوب سكناها في دار منفردة ثم ذكر في فصل
اخر انواع من تجب لاجلها النفقة والسكنى بان تكون المعتدة عن طلاق
رجعي او بائن ثم ذكر في فصل اخر نفقة الولد لانه ولدها وفرعها فاخر ذكر
نفقته عن نفقتها ثم لما وقع الكلام في النفقة انجر الى ذكر نفقة ذوي الارحام
وذكرها

وذكرها في فصل ثم انجر الى ذكر نفقة المماليك فذكرها في فصل ختم به النفقات
قوله واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام احق بالولد وهو من
مسائل القدوري اعلم ان الحضانة حق الصغير لاحتياجه الى من يمسكه فتارة يحتاج
الى من يقوم بمنفعة بدنه في حضانته وتارة الى من يقوم بما لا يحتاج اليه الفرد
وجعل كل واحد منهما الى من هو اقوم به وابصر فالولاية في المال جعلت الى
الاقرب الاب والجد ابي الاب لانهم ابصر واقوم في التصرف من النساء وحق الحضانة
جعل الى النساء لانهن ابصر به واقوم على حفظ الصبيان من الرجال لزيادة شفقتهن
وملازمتهن البيوت والاصل فيه ما حدث صاحب السنن عن محمود بن خالد السلمي
الدمشقي قال حدثنا الوليد عن الاوزاعي عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده عن
عبد الله بن عمرو ان امراة قالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي
له سقاء وحجري له حواء وان اباه طلقني واراد ان ينزعه مني فقال لها رسول
الله صلى الله عليه انت احق به ما لم تنكحي وروي ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه
طلق ام عاصم واسمها جميلة فخاصمها بين يدي ابي بكر رضي الله عنه لينتزع عاصما
منها فقال ابو بكر ريحها وريقها خير له من شهد وعسل عندك يا عمر ودعه
عنده حتى يشب ثم حمله المذهب فيه ان الام احق بالصغير والصغيرة لانها
احق بالحضانة لزيادة شفقتها فان تزوجت او ماتت فام الام اولى ثم ام
الاب ما دام احد من جانب الام قائمة ولم تتزوج بزوج اخر فهي اولى بها وان
بعدت من ام الاب ثم الاخت لام ثم بعد الاخت لام اختلف الرواية قال في كتاب
النكاح الاخت لاب اولى من الخالة وفي كتاب الطلاق الخالة اولى من الاخت
لاب وهكذا ذكر الطحاوي رحمه الله قال في التحفة وهو قول محمد وزفر رحمهما
الله وجه كتاب النكاح ان الاخت لاب اقرب لانها ولد الاب والخالة ولد
الجد ووجه كتاب الطلاق ان الخالة تدلي بالام والاخت تدلي بالاب
وحق الحضانة للامهات لا للاباء وذكر في الجامع الصغير بعد ام الاب الخالة ولم يذكر

الاخوات اصلا قال الفقيه ابو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير يحتمل
ان القصد بهذه المسألة ليس تقديم الخالة على الاخت ولكن القصد به تاخير
الخالة عن الجدة ثم الخالة لاب وام ثم الخالة لام ثم الخالة لاب وذلك لان الشفقة
بالقرابة فذات القرابتين اشفق ثم العمة لاب وام ثم العمة لام ثم العمة لاب ثم خالة الام لاب
وام ثم لام ثم لاب ثم خالة الاب لاب وام ثم لام ثم لاب ثم عمات
الامهات والاباء على هذا الترتيب واولاد الاخوات لاب وام او لام احق من
الخالات والعمات والاخت لام احق من ولد الاخت لاب وام والعمة احق من ولد
الخالة واما بيان المدة في امساكهما قال في كتاب الطلاق من الاصل الام احق
الى ان ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده وذكر في نوادر ابن رستم ويتوضا
وحده قال فخر الاسلام البزدوي وذكر في بعض نسخ النوادر ويستنجي وحده وشرط
الخصاف في كتاب النفقات اربعة اشيا ان ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس
وحده ويستنجي وحده ولم يذكر الاستنجا في المبسوط وذكره في السير الكبير
وكذلك ذكر في عامة النوادر كذا قال شمس الائمة السرخسي في شرح نفقات الخصاف
وذلك لان الصبي قد يقدر على ان ياكل ويشرب ويلبس وحده ولا يقدر على الاستنجا
فلا بد منه ليحصل الاستغنا فاذا بلغ ذلك المبلغ احتاج الى اداب الرجال والاب
اهدى الى ذلك قال الخصاف ووقت ذلك عندنا ان يبلغ سبع سنين او اكثر واما
الصبية فالام احق بها الى ان تحيض او تبلغ مبلغ النسا بالسن كذا ذكر صاحب الاجناس
ونقله عن كتاب الطلاق وفي نوادر هشام عن محمد اذا بلغت حد الشهوة عند
الام فالاب احق بها وفي نفقات الخصاف عن ابي يوسف مثله وانما كانت
الام احق بالصبية الى ان تحيض حتى تعلمها اداب النسا من الخبز والطبخ والغزل
ونحو ذلك ثم الاب احق بها حتى يحصنها ثم تكلموا في المراد من الاستنجا من مشا
يخنا من قال المراد منه تمام الطهارة بان يطهر وجهه وحده بالما بحيث لا يحتاج
الى من يعينه ويعلمه ومنهم من قال المراد منه ان يطهر نفسه عن النجاسة وان
كان

كان لا يقدر على تمام الطهارة وهو المفهوم من ظاهر ما ذكر الخصاف ثم الجد ابو الاب
كالاب في الصغير والصغيرة فاما من سوى الام والجدتين فليس لهن الحق في حق الصغيرة
الصغيرة اذا بلغت حدا يا كلان في حقها ولبسانها حاجة الى التاديب لاحق من
الاستخدام وللام والجدة ذلك ولهذا تواجر الام والجدة الصغيرة الصغيرة
دون العمات والخالات والكافرة مثل المسلمة في الحضانة لان الشفقة لا
تختلف بالكفر والاسلام وكذلك ام الولد اذا اعتقها مولاها والامة اذا
فاذنها زوجها فان الولد يلحق الامة وهو احق به لكن لا يفرق بين الولد وبين
امها ثم اذا وجب الانتزاع من النساء فانه يدفع الولد الى العصبة الاقرب
فالاقرب يقدم الاب ثم ابو الاب وان علا ثم الاخ لاب وام ثم لاب ثم ابن الاخ لاب
وام ثم ابن الاخ لاب ثم العم لاب وام ثم لاب فاما اولاد الاعمام فانه يدفع اليهم
الغلام ولا تدفع اليهم الجارية لانهم غير محارم فلا يؤمن عليها منهم وعند ابي
حنيفة تدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى الخال لاب وام ثم لاب ثم لام وتدفع الى الذكر
المولى العتاقة ولا تدفع الى الانثى قال في الفتاوى الولوالجي اذا وقعت الفرقة
بين الزوجين وبينهما ولد صغير واختلفا فقالت الام انه ابن ست سنين انا احق
بامساكه وقال الوالد انه ابن سبع سنين فانا احق بامساكه فالقاضي لا يشتغل
بتحليف الوالدة لكن ينظر في الصبي فينظر في حاله فان كان يستغني عن الوالدة
بان كان ياكل ويشرب ويلبس وحده دفعه الى الوالد الا لان سبع سنين اقيما
مقام الاستغنا فاذا وقع الخلاف في هذا القائم مقام الاستغناء يتعرف القاضي
عن حقيقة الاستغنا لانه امكنه التعرف عن حقيقته وقال في شرح
الطحاوي وان كان له ثلاثة اخوة كلهم على درجة واحدة او ثلاثة اعمام كلهم على
درجة واحدة فافضلهم صلاحا وورعا اولى فان كان في ذلك سواء فاكبرهم
سنا اولى بالامساك وقال الحاكم الجليل الشهيد في مختصر الكافي فان كانت البكر قد
دخلت في السن واجتمع لها عقلها ورايها واخوها او عمها يخوف عليها فلها

الذي تحت حيث في مكان لا يخوف عليها **قوله** وتجري له جوايعني
بين صاحب الجمعة لا يوم بجمعهم والجمع اخوية **قوله** بينه وبين
امرأته اي بين ... عنه دين الوانه بوام عاصم واقسمها جميلة بنت
عاصم بن ثابت بن ابي الافلح الاوسي الانصاري وعمر رضي الله عنه نساء اخر
تعرف في كتب التواريخ **قوله** علي ما نذكر في باب النفقة في فصل نفقة
الاولاد الصغار هنا اذا كان الاب حيا اما اذا كان ميتا فالنفقة على ذي
الرحم الوارث على قدر المواريث **قوله** ولا تجبر الام عليه اي على امساك
الولد وحضنه قال في خلاصة الفتاوي اذا امتنعت الام عن امساك الولد في
ليس لها زوج اختلفوا فيه قال الفقيه ابو جعفر والفقيه ابو الليث رحمهما الله
تجبر الام على امساك الولد وقال مشايخنا لا تجبر وكذلك الخالة اذا لم يكن لها
زوج لانها انما تعجز عن ذلك اما بعد الاستغنا عن الارضاع اذا امتنع الاب عن الامساك
تجبر على ذلك لان النفقة واجبة عليه وكذا الحفظ والصيانة وقال في تتمة
الفتاوي اذا ابت الام ان ترضع وهي منكوحة او مبانة ذكر شمس الايمة الحلواني
في شرح الادب القاضي للخصاف انها لا تجبر على ذلك سوا كان الولد ياخذ من
لبن غيرها او لا ياخذ في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف انها تجبر اذا لم ياخذ من
لبن غيرها وذكر شمس الايمة السرخسي في باب نفقة الصبيان من ادب القاضي
انها تجبر اذا لم ياخذ الولد من لبن غيرها من غير خلاف **قوله** فان لم تكن ام
كذا فيه المراد من عدم كونها ان تتزوج الام او تموت **قوله** ولهذا تحرز ميراثهن
السدس هذا ايضاح لكون ام الاب من الامهات يعني ان الدليل على انها من الامهات
انها تحرز السدس في الميراث وهو ميراث الام فيه نظر لان ميراث الام انما يكون
هو السدس اذا كان معها ولد او ولد الابن او الاثنان من الاخوة والاخوات وهنا
عند عدمهم ايضا يكون للجدة السدس وميراث الام عند عدمهم ثلث الجميع او ثلث
ما يبقى بعد فرض احد الزوجين **قوله** وفي رواية اراد بها رواية كتاب
الطلاق

الطلاق في قدر بيانها **قوله** لقوله عليه السلام الخالة والدة حديث
البخاري في كتاب الصلح من الصحيح في حديث ... باسناده الى البراء بن عازب
عن رسول الله صلى الله عليه قال الخالة بمنزلة الام وكذا في السنن وفي رواية اخرى
من السنن فانما الخالة ام **قوله** ثم العمات ... يعني ان العمة لاب وام
اولى من العمة لام ثم العمة لام اولى من العمة لاب **قوله** وكل من تزوجت
من هولاء سقط حقها وهذا لفظ القدوري في مختصره لما روينا اراد به قوله
عليه السلام انت احق به ما لم تتزوجي والرواية في السنن ما لم تنكحي وقد مر **قوله**
يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا قال ابن دريد النزر من الشي القليل طعام نزر بين
النزارة والنزورة وطعام منزور اي قليل ايضا ومنه اشتقاق اسم نزار وامراة
نزور قليلة الولد يقال ان الزاير نزره وان الناتج نشوز وشزره ببصره يشزره
ويشزره شزرا اذا نظر اليه بموخر عينيه فلا نظر اي للصبي **قوله** قال
الا الجدة اذا كان زوجها الجد اي قال القدوري في مختصره استثنا من قوله سقط
حقها يعني اذا كانت الجدة متزوجة بالجد لا يسقط حقها وان كانت ذات زوج
لان الجد ينظر اليه بالشفقة فلا يلحقه الجفا والمذلة بخلاف ما اذا كانت
متزوجة بالاجنبي حيث يلحقه الجفا والمذلة فحينيذ ينزع الولد من يدها ويسلم
الى من هو اقرب منه قال في شرح الطحاوي متى وقع الفراق بين الزوجين اما من
قبل المراة او من قبل الرجل بسبب مباح او بسبب محظور فهي اولى بالحضانة الا في
فصلين احدهما ان المراة اذا ارتدت ينزع الولد من يدها ويسلم الى من هو اقرب
منه ثم اذا اسلمت يسلم اليها **والثاني** اذا تزوجت بزوج اخر وهو غير ذي
رحم محرم من هذا الولد فينزع من يدها ثم اذا بانت من زوجها يسلم اليها
قوله وكذا كل زوج هو ذو رحم محرم منه اي من الولد كعم الولد اذا تزوج بامه
حيث لا يسقط حقها **قوله** فان لم يكن للصبي امراة من اهله فاختصم فيه الرجال
فاولاهم اقربهم تعصيبا اي اولى الرجال بامساك الصبي اقربهم تعصيبا اي اقرب

العصبات وقد اقتضينا ان الاقرب قبلها هذا وذلك لان ما يستحق بالقرابة يعتبر
فيه الاقرب اصله الميراث وولاية النكاح فاذا اجتمع الاخوة لاب وام
فالاولى اصلحهم واورعهم فان تساووا فاكبرهم لانه انفع للولد وكذلك الاعمام
اذا اجتمعوا **قوله** غير ان الصغيرة لا تدفع الى عصبة غير محرم استثناء من
قوله فاولاهم اقربهم تعصيبا **اعلم** ان الصغير اذا لم توجد امراة من اهله يدفع
الى الاقرب العصبات سواء كان محرما او غير محرم اما الصغيرة فلا يدفع الى غير
محرم كمولى العتاقة وابن العم لانه لا يؤمن عليها منه وكذلك والرحم المحرم
من العصبة اذا لم يوجد عليها منه لنفسه ومجانته لا تدفع اليه لان في الدفع
ضررا بالصغيرة قال الصدر الشهيد عند ابي حنيفة رضي الله عنه اذا لم يكن
عصبة للصغير يدفع الصغير الى الاخ لام لان عنده تقوم الام ولاية وقال في
الفتاوى الصغرى اذا ماتت الام وليس احد من النساء للصغير ذات رحم محرم
منه فالحق الحاضن فان لم يكن عصبة فاولى ذوي الارحام يثبت على الترتيب
وقال في تحفة الفقهاء وان لم يكن للجارية من عصباتها غير ابن العم فالاختيار الى
القاضي ان راه اصلح يضم اليه والا يضع عند امينه **قوله** والام والجدة احق
بالغلام حتى ياكل وحده ويشرب وحده ويلبس وحده ويستنجي وحده وهذا
لفظ القدوري في مختصره وقد مر بيان هذه الجملة **قوله** والتثقيف اي التسوية
قوله والخصاف قدر الاستغناء بسبع سنين قالوا وعليه الفتوى وهو الشيخ
الامام ابو بكر احمد بن عمرو الخصاف من كبار علمائنا رحمهم الله وكان يروي
عن بشر بن الوليد عن ابي يوسف القاضي **قوله** اعتبارا للغالب وذلك ان الظاهر
ان الصغير اذا بلغ سبع سنين يهتدي بنفسه الى الاكل والشرب واللبس
والاستنجاء وحده فلا حاجة الى الحضانة **قوله** والاب فيه اقوى واهدى اي
الاب في التحصين والحفظ اقوى واهدى للجارية من الام **قوله** وعن محمد
انها تدفع الى الاب اذا بلغت حد الشهوة لتحقق الحاجة الى الصيانة قال

في شرح

في شرح نفقات الخصاف الجارية تكون عند امها حتى تحيض عند ابي حنيفة
رحمهما الله يعني حتى تبلغ وعند ابي يوسف اذا بلغت مبلغا يقع عليها شهوة مثلها
مثلها فالاب اولى بها ثم قال وهذا الذي يروى عن محمد انها اذا صارت مراهقة فالاب
اولى بها وقال في الاجناس وفي نوادر هشام عن محمد اذا بلغت حد الشهوة عند الام
فالاب احق بها فثبت عن محمد روايتان ثم تكلموا في حد المشتهاة ليبنى عليه ثبوت
حرمة المصاهرة وكون الاب اولى وقالوا اذا كانت بنت تسع سنين او اكثر
كانت مشتهاة وان كانت بنت خمس سنين او ما دونه لم تكن مشتهاة وان كانت
بنت ست سنين او سبع سنين ينظر ان كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة والا فلا
وقال الفقيه ابو الليث في فتاوى الغالب انها لا تشتهى ما لم تبلغ تسع سنين قال شمس
الائمة السرخسي وبه ناخذ **قوله** ومن سوى الام والجدة احق بالجارية حتى تبلغ
حد الشهوة وهذا لفظ القدوري في مختصره واراد بها الاخت والخالة والعمة وقال في
الجامع الصغير حتى تستغني قال الفقيه ابو الليث وليس حكم الخالة والعمة كحكم
الجدتين لانه لا يكون لهما من الشفقة ما يكون للجدتين فلا يكون لهما حق الامساك
الا مقدار ما لا بد للصبية منها وقدر الحاجة التي لا بد لها منه ان تاكل وحدها وتلبس
وحدها ويكون حكم الغلام والجارية في هذا سواء وقد مر بيانه كل مرة **قوله** لقدرتها
عليه شرعا اي لقدرة الام والجدة على الاستخدام بدليل الاجارة وقد مر بيانه ايضا **قوله**
قال والامة اذا اعتقها مولاها وام الولد اذا اعتقت في حق الولد كالحرة اي
قال القدوري في مختصره اعلم ان الامة اذا ادرتها زوجها فالولد للمولى لانه مملوك له
وكذلك ولد ام الولد قبل العتق الا انه لا يفرق بين الولد الصغير وبين امه
لقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين احبته
يوم القيامة تحقيقه ان الحضانة ضرب من الولاية لا ولاية للام اما اذا
اعتقتا فتكونان كالحرة الاصلية لزوال المانع **قوله** والذمية احق بولدها
المسلم ما لم يعقل الاديان او يخاف ان يالف الكفر يعني اذا كان زوج الذمية مسلما فافترقا

اذا كانت سبع

بالصبية [illegible] الحضانة لها باعتبار الشفقة ولا تفاوت في ذلك
بالكفر والاسلام [illegible] اذا خيف على الصبي ان يالف الكفر تنزع منها دفعا
للضرر من الصبي [illegible] قوله او تخاف بالرفع والنصب والجزم اما
[illegible] لانه معطوف على قوله ان يعقل وكذا الرفع على
استيناف اي هو تخاف والنصب على معنى الى ان تخاف اي قولهم لا [illegible]
تعطيني حقي اي الا ان تعطيني فالمعنى ان الذمية احق بولدها المسلم الا ان تخاف
ان يالف الكفر فاذا خيف فلا قال في شرح الكافي وقرابة الام في الحضانة مقدمة
على قرابة الاب ويستوي ان كانت مسلمة او كتابية او مجوسية **قوله**
ولا خيار للغلام والجارية وهذه من مسائل الجامع الصغير اذا وقعت الفرقة بين
الزوجين يكون الولد عند الام ما لم تتزوج بزوج اخر الى المدة التي ذكرناها و
عند الشافعي تخير بين الابوين قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في
قول الشافعي اذا صار الغلام ابن سبع سنين او ثمان سنين تخير ويكون عند
ايهما شاء وقال الغزالي في وسيطه الام اولى بالصبي قبل التمييز فاذا ميز خير
بينها وبين الاب وسلم الى من يختاره غلاما كان او جارية لا ينظر الى سبع سنين بل
يتبع التمييز فان استمرت العبارة الى ما بعد البلوغ فالام اولى وكذلك اذا اتصل به
جنون ولو اختار احدهما ثم رجع رد الى الاخر كذا في الوسيط اصحابنا رحمهم الله
ذكروا في المبسوط وغيره في وجه قول الشافعي ان النبي صلى الله عليه خير غلاما
بين الابوين والحديث قد صح مسندا في السنن الى رافع بن سنان رضي الله عنه
انه اسلم وابت امراته ان تسلم فاتت النبي صلى الله عليه فقالت ابنتي وهي فطيم
وقال رافع ابنتي فقال له النبي صلى الله عليه اقعد ناحية وقال لها اقعدي ناحية
فاقعد الصبية بينهما ثم قال ادعواها فمالت الصبية الى امها فقال النبي صلى الله عليه
اللهم اهدها فمالت الى ابيها فاخذها وقالوا الحديث محمول على البالغ وفيه نظر
لانه صرح في الحديث بالصبية وانها فطيم فكيف يكون الولد بالغا والوجه
لنا ان

لنا ان نقول ان الولد الصغير ليس من اهل الاختيار [illegible]
اختياره فلو كان التخيير اعتبارا لم يقل النبي صلى الله عليه اللهم اهدها وكان [illegible]
صلى الله عليه مستجاب الدعوة فوفقت الصبية الى الارشد ببركة دعائه
[illegible] ذلك فيما نحن فيه ولو كان [illegible] لاختيار الولد الصغير اعتبارا لم يقل
النبي صلى الله عليه [illegible] وقد رويناه في اول الباب [illegible]
[illegible] سواء وفيه ضرر له فلا يلتفت الى اختياره [illegible] قصور
عقله [illegible] الولد الصغير [illegible] من عنده الدعة اي الخفض والراحة والهاء
عوض من الواو تقول ودع الرجل بالضم لذا ذكره الجوهري او نحمل على
ما اذا كان بالغا فنحمل الحديث على ما اذا كان الولد بالغا قال فخر الاسلام البزدوي
في شرح الجامع الصغير وذلك محمول عندنا على البالغ وفيه نظر وقد مر بيانه انفا
اعلم ان الابن اذا بلغ تخير بين ابويه فان كان [illegible] تفرد فله ذلك الا اذا كان
فاسقا تخشى عليه شيء فحينئذ يضم الاب الى نفسه لانه اقدر على صيانته
اما الجارية فان كانت بكرا يضمها الى نفسه سواء كانت مامونة او غير مامونة
وان كانت ثيبا فان كانت مامونة ليس له ان يجبرها حتى تكون [illegible] لزوال ولايته
عنها الان اي في نسخ الفتاوى وغيرها

فصل

فاذا
ارادت المطلقة ان تخرج بولدها من المصر فليس لها ذلك هذا لفظ القدوري في
مختصره وتمامه فيه الا ان تخرجه الى وطنها وقد كان الزوج تزوجها فيه وقال في
الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي في رجل تزوج امراة من
اهل الشام بالشام ثم تقدم بها الى الكوفة فتلد له اولادا ثم يطلقها ثلثا واولادها
صغار قال لها ان تخرج باولادها الى الشام وان تزوجها في غير الشام او تزوجها بالكوفة
وهي من اهل الشام ثم طلقها ثلثا لم يكن لها ان تخرجهم الى الشام وانما انظر في هذا الى
عقدة النكاح اين تقع **اعلم** انا قد بينا ان حق الحضانة للام لكن اذا ارادت
الانتقال باولادها الصغار بعد انقضاء العدة هل لها ذلك فنقول ان كان وقع اصل

النكاح في المصر الذي فيه القرية فليس لها أن تخرج بالولد إلى مصر آخر للزوم
الضرر على الزوج على تقدير التعذر بقطع الولد عنه إلا إذا كان بين المصرين
قرب بحيث لو أراد الزوج مطالعة الولد أمكنه الرجوع إلى بيته قبل الليل لأنه
حينئذ يكون بمنزلة محال مختلفة في مصر واحد ولهذا القول من علق إلى العراق بالأولاد
قلت أيضا وإن كان وقع أصل النكاح في المصر الذي تريد هي الانتقال إليه فلها
أن تنقل الأولاد إليه إن كانت هي من أهل ذلك المصر لأنه التزم المقام فيه عرفا
وشرعا أما العرف فلأن الزوج يقيم في البلد الذي تزوج فيه عادة إلا أنه
يلزمها متابعة الزوج إذا أعطاها جميع المهر رضيت بذلك أو لم ترض فبعد
زوال الزوجية يعود الأمر الأول وأما الشرع فلأن العقد متى وجد في مكان
يجب تحصيل أحكامه فيه ولهذا يجب تسليم المعقود عليه والثمن في مكان
العقد والأولاد من ثمرات عقد النكاح فيجب استلامها في موضع العقد بخلاف
ما إذا أرادت النقل إلى المصر ليس فيه مصرها ولم يكن ثمة أصل النكاح ليس لها أن
تنقل الأولاد وكذا إذا أرادت الانتقال بالولد إلى مصرها لكن لم يكن
ثمة أصل النكاح لعدم دليل العرف والشرع أما إذا أرادت النقل إلى مصر
فيه أصل النكاح ولكن ليس بمصرها فلها ذلك على رواية الجامع الصغير لأنه قال
انظر إلى عقدة النكاح وقال في كتاب الطلاق من الأصل ليس لها ذلك ولا بد
من اجتماع الأمرين للنقل وهو أن يكون المصر مصرها ويقع العقد ثمة أيضا قال
في شرح الكافي للسرخسي هو الأصح وذلك لأن في النقل ضررا بالأب لأنه يعجز عن
مطالعة أولاده وإنما يعتبر المصر للتلقي بالعقد إذا كان مؤكدا بالأهل والأولاد
لأن الغريب يؤذى وجه رواية الجامع الصغير أن الأولاد من ثمرات النكاح
فيجب التسليم في مكان العقد لما مر أما إذا أرادت الانتقال بالولد من المصر
إلى القرية ليس لها ذلك إلا إذا كان أصل العقد فيها وذلك لأن في الأخلاق أهل
القرية ضررا بالولد الصغير بخلاف ما إذا وقع أصل العقد فيها لأنه رضي بالـ
بدار الغربة

الغربة فإذا كان أصل النكاح وقع في الرستاق ولهم قرى متفرقة فأرادت
أن تنقل الأولاد إلى الضياع من قرية إلى القرية فإن كان بين القريتين قرب بحيث
يتمكن الأب مطالعة أولاده في يومه فلها ذلك وإلا فلا كذا في مختصر الكافي
للحاكم الشهيد وشرحه وغيرهما قال الحاكم الشهيد في الكافي وليس لها أن تخرج
بولدها إلى دار الحرب وإن كان النكاح وقع هناك وإن كانت هي من أهل
أهل الحرب بعد أن يكون زوجها مسلما أو ذميا لما فيه من الإضرار بالولد لأنه
تخلق بأخلاق أهل الشرك وقال في شرح الطحاوي فإن كان كلاهما حربيين
فلها ذلك وقال الولوالجي في فتاواه فإن ماتت الأم حتى وصلت الحضانة إلى الجدة
أم الأم فليس لها أن تنتقل إلى مصرها وإن كان أصل العقد فيه لأن ولاية الإخراج
بحكم العقد ولم يكن بينهما عقد وكذا أم الولد إذا أعتقت لا تخرج الولد من
المصر الذي فيه أبوه لأنه لم تجر بين أم الصبي وأبيه عقد **قوله** لما فيه من
الإضرار بالأب أي في الخروج بالولد **قوله** إلا أن تخرج به إلى وطنها
استثناء من قوله فليس لها ذلك أي في وطنها **قوله** ولهذا يصير الحربي
به ذميا أي بالتزوج وهذا خلاف الرواية وقع سهوا لأن الرواية محفوظة
في سائر كتب السير أن الحربي إذا دخل دارنا بأمان فتزوج ذمية لا يصير
ذميا وقد نقل صاحب الهداية نفسه أيضا رواية الجامع الصغير في
كتاب السير هكذا وقيل إن الضمير في به راجع إلى التزام المقام لكن
ذلك خلاف المفهوم من ظاهر كلامه وغير بعضهم لفظ الحربي بلفظ الحربية
حتى لا يرد السؤال لأنه قال في السير الكبير بعد كتاب الحدود في أرض
الحرب باب وإذا دخلت المرأة من أهل الحرب دار الإسلام بأمان وهي
كتابية فتزوجها ذمي أو مسلم فقد صارت ذمية لأن لزوجها أن يمنعها
عن العود إلى دار الحرب فكان قبولها على النكاح مع علمها أن لزوجها
أن يمنعها عن العود إلى دار الحرب رضا منها بالمقام في دار الإسلام فصارت ذمية وأما

الطحاوي

الحربية اذا تزوج ذمية فانه لا يصير ذميا لان المراة ليس لها ان تمنع زوجها عن العود الى دار الحرب ونقل الامام حافظ الدين الكبير ان هذه الجملة ليست في النسخة التي قوبلت مع نسخة المصنف فعلى هذا يكون السهو من الكاتب **قوله** اشار اذ في الكتاب اراد به مختصر القدوري ومو رواية كتاب الطلاق اي من الاصل وقد مر بيانه **قوله** وجه الاول اراد به قوله ليس لها ذلك وهو رواية كتاب الطلاق **قوله** لا بد من الامرين اي لانتقال الام بالاولاد الصغار **قوله** تفاوت اراد به النفع حيث لا يمكن الاب الرجوع الى بيته من يومه لمطالعة اولاده **قوله** ويفعكسه ضرر بالصغير اي في الانتقال من المصر الى القرية تحصل الضرر بالصغير لتخلقه باخلاق اهل القرى وان لم يكن فيه ضرر بالاب لامكان مطالعته لعدم البعد **قوله** فليس لها ذلك اي ليس لها ان تنقل الاولاد الصغار من المصر الى القرية الا اذا وقع العقد فيها وقد مر بيانه

باب النفقة

اعلم ان النفقة اسم بمعنى الانفاق وهي عبارة عن الادرار على الشيء بما به بقاؤه ثم هي تجب باسباب منها الزوجية والنسب والملك والكل يجي بيانه ان شاء الله على الترتيب **قوله** النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت او كافرة اذا سلمت نفسها الى منزله فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها وهذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع تسليمها نفسها شرط في وجوب النفقة ولا خلاف في ذلك هذا لفظه ايد تصريح في شرحه فعلم بهذا ان ما ادعى بعض شارحي الهداية بقوله هذا الشرط ليس بلازم في ظاهر الرواية فيه نظر الا تري الى ما قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في خزانة الفقه عشر من النساء لا نفقة لهن الصغيرة التي لا تحتمل الجماع والناشزة اذا لم يكن لها عليه مهر واذا اغتصبها ظالم الزوجة والمحبوسة في دينها والمسافرة بالحج اذا لم يكن معها زوجها والامة يبوئها مولاها والمنكوحة **نكاحا** فاسدا والمرتدة والمتوفا عنها زوجها والمراة اذا قبلت ابن زوجها واباه بشهوة والمعنى ان في الصغيرة التي لا تحتمل الجماع لم يوجد التسليم التام وان نقلها

وان نقلها زوجها الى بيته وفي المرتدة والمقبلة والمتوفا عنها زوجها انقطعت الزوجية وفي الباقيات انعدم التسليم بخلاف ما اذا لم ينقلها الى بيته ولم تمتنع هي حيث **تجب** النفقة لانها سلمت نفسها اليه ولكن الرجل رضي ببطلان حقه حيث ترك النقلة وذا لا يوجب بطلان حقها ثم الاصل في وجوب النفقة وقوله تعالى على المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف اي بالوسط وقال الزجاج في تفسيره اي بما تعرفون انه العدل على قدر الامكان وقوله تعالى الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما انفقوا من اموالهم اي يقومون عليهن امرين ناهين كما يقوم الولاة على الرعايا والضمير في بعضهم للرجال والنساء جميعا يعني انما كانوا مسيطرين عليهن بسبب تفضيل الله بعضهم وهم الرجال على بعض وهم النساء وقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم اي وانفقوا عليهن من وجدكم وحديث عايشة رضي الله عنها ان هند بنت عتبة قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف رواه البخاري في الصحيح باسناده الى عايشة بطرق مختلفة في مواضع ويستوي في وجوب النفقة المسلمة والكافرة لعموم النصوص ولان النفقة **جزاء** الاحتباس بدليل ان كل من كان محبوسا بحق الغير كانت نفقته عليه اصله القاضي والعامل في الصدقات وهذا المعنى يشمل الكل ولكن طريق ايصال النفقة اليها شيئان التمكين او التمليك ولهذا قال في شرح مختصر الكافي للحاكم الشهيد اذا كان الرجل صاحب مائدة وطعام كثير تمكنت هي من تناول مقدار كفايتها فليس لها ان تطالب الزوج بفرض النفقة وان لم يكن هذه الصفة فلها خصومته في النفقة حتى تفترض لها بالمعروف وهو فوق التقتير ودون الاسراف رعاية للجانبين ولا تقدر النفقة بالدراهم لان المقصود الكفاية وقد يرخص السعر ويغلو فلا تحصل المقصود فلما يفرض لها الطعام بقدر الكفاية

في يوم يفرض الاعلام الصالح في الخبز لا يتناول الادام وما عادة وان كان يفرض الادم لانه لا يستغنى عنه وقال في الاقضية الادام اغلاه اللحم والاوسط الزيت والادنى اللبن والحطب والصابون والاشنان وثمن ماء الاغتسال عليه كذا في خلاصة الفتاوى ويفرض لها من الكسوة ما يصلح للشتاء والصيف ففي الشتاء قميص وملحفة وخمار وكساء كارخص ما يكون كفايتها اما ان كان الرجل معسرا ولا كساء في الصيف وان كان موسرا فاجود من ذلك في الشتاء وللخادم قميص وازار وكساء في الشتاء كارخص ما يكون ولا كساء في الصيف وان كان الرجل موسرا فاجود من ذلك وما قال محمد رحمه الله في الاصل من التقدير بالدراهم بقوله ان كان معسرا فرض لها من النفقة كل شهر اربعة دراهم او خمسة او ما بين ذلك وللخادم ثلثة دراهم واقل من ذلك او اكثر وان كان موسرا عليه للمراة ثمانية دراهم او سبعة او نحو ذلك وللخادم ثلثة دراهم او اربعة ونحو ذلك فذلك ليس بتقدير لازم بل هو بناء على ما شاهد محمد في ذلك الوقت من عرف زمانه كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وفي شمس الائمة البيهقي في الشامل وقال السرخسي لم يذكر محمد رحمه الله في كسوة المراة الازار والخف في شيء من المواضع وذكر الازار في كسوة الخادم ولم يذكر الخف ايضا وان كانت الخادمة ممن تخرج للحوائج فلها الخف والمكعب حسب ما يكفيها فاما المراة فانها مامورة بالقرار في البيت ممنوعة من الخروج فلا تستوجب الخف والمكعب على الزوج وكذلك لا تستوجب الازار لانها مامورة بان تكون مهيئة نفسها لنشاط الزوج فليس على الزوج ان يتخذ ما يحول بينه وبين حقه فلهذا لم يذكر الازار هذا لفظه في شرح الكافي وقال في خلاصة الفتاوى هذا في ديارهم بحكم العرف اما في ديارنا فيفرض الازار والمكعب ويفرض ما تنام عليه وقال الخصاف رحمه الله وتجعل لها ما تنام عليه مثل الفراش المضربة ومرفقة في الشتاء ولحافا تتغطى به قال شمس الائمة السرخسي

في شرح

في شرح كتاب النفقات ذكر الامام الشافعي حتى لم يترك من الشيء واحد لانها لا تعتزل عنه في ايام الحيض اذ في زمان مرضها وقال الحاكم الشهيد رحمه الله في الكافي قال محمد لا ينبغي ان توقت النفقة على الدراهم لان السعر يغلو ويرخص لكن تجعل النفقة على الكفاية في كل زمان فيما يحتمه ذلك فيفرض لها عليه دراهم شهرا بشهر قال الامام السرخسي هذا بناء على عاداتهم وبعض المتاخرين من مشايخنا قال يعتبر في ذلك حال الرجل فان كان محترفا يفرض عليه النفقة يوما يوما لانه يتعذر عليه اداء نفقة شهر دفعة واحدة وان كان من التجار يفرض عليه الاداء شهرا شهرا وان كان من الدهاقين يفرض عليه النفقة سنة سنة لتيسر الاداء عليهما انما يكون عند ادراك الغلة والحاصلة للحوانيت واما الكسوة فيفرض في السنة مرتين وعند الشافعي يتقدر النفقة على الموسر كل يوم مدين وعلى الوسط الحال مد ونصف وعلى المعسر مد وفيه ضعف لقوله تعالى بالمعروف ولان المقصود الكفاية وربما لا تحصل ذلك بما قدره الا ترى الى قوله عليه السلام خذي ما يكفيك **قوله** وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره كانت نفقته عليه لا يقال يرد على هذا نفقة الرهن فانها على الراهن مع انه محبوس بحق المرتهن لانا نقول سلمنا انه محبوس بحق المرتهن ولكن لا نسلم انه محبوس بحق هو مقصود المرتهن فحسب لانه كما تحصل مقصود المرتهن تحصل مقصود الراهن ايضا الا ترى انه اذا هلك هلك بالدين على الراهن مضمونا باقل من قيمته ومن الدين لكن على هذا ينبغي ان تجب النفقة عليهما جميعا الا ان النفقة لما كانت لتبقية الرهن وهو على ملك الراهن وجبت عليه خاصة كالوديعة تجب نفقتها على صاحب المال **قوله** وهذه الدلايل لا فصل فيها اي الايات الدالة على وجوب النفقة والدليل العقلي لا تفصل بين المراة والمسلمة لعمومها فيجب نفقة الكافرة كالمسلمة **قوله** ويعتبر في ذلك حالها جميعا وهذا لفظ القدوري في مختصره اي يعتبر

في تقدير النفقة حال الرجل والمرأة جميعا قال صاحب الهداية وهذا اختيار الخصاف
وعليه الفتوى اعلم ان ظاهر الرواية عن اصحابنا رضي الله عنهم اعتبار حال الرجل في
اليسار والاعسار دون حال المرأة وبه صرح محمد في الاصل والحاكم في الكافي وصاحب
الشامل في قسم المبسوط والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واليه ذهب
الشيخ ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي رحمهم الله وكثير من مشايخنا المتا
خرين كصاحب التحفة وصاحب النافع وغيرهم وهو قول الشافعي والذي
ذهب اليه القدوري اختيار الخصاف في كتاب النفقات وعليه فتوى
شمس الائمة السرخسي في شرح كتاب النفقات وجه ما ذكر الخصاف
ان النبي صلى الله عليه اعتبر حالهما في قوله خذي ما يكفيك ونص القران اعتبر
حال الرجل بقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته فيعتبر حالهما جميعا جمعا بين
الدليلين ووجه الظاهر قوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه
رزقه فلينفق مما آتاه الله الاية اعتبر حال الرجل في الحالتين جميعا فيعتبر حاله
لان الحديث خبر الواحد فلا يزاد به على كتاب الله تعالى لانه نسخ ثم تفسير قول
الخصاف اذا كانا موسرين فظاهر لانه تجب نفقة اليسار وكذلك اذا كانا معسرين
لانه تجب نفقة الاعسار اما اذا كان الزوج موسرا والمرأة فقيرة قال في شرح نفقات
الخصاف يفرض لها نفقة صالحة يعني وسطا لا تقتير فيه ولا اسراف نحو ان كان
الرجل يأكل الدجاج والحمل المشوي والباجات والمرأة كانت تأكل في اهلها خبز
الشعير فانه لا يؤخذ الزوج ان يطعمها ما يأكل بنفسه ولا ما كانت تأكل في اهلها
لكن يطعمها خبز البر وباجة او باجتين واما اذا كان الزوج معسرا والمرأة موسرة
لم يذكر صاحب الهداية هذا القسم في تفسير قول الخصاف ولا ادري كيف
ذهب عنه ولا بد من ذكره فقال الخصاف في كتابه يفرض لها نفقة صالحة يعني
وسطا فيقال له تكلف بان تطعمها خبز البر وباجة او باجتين كيلا يلحقها الضرر
قلت في هذا التكلف تكليف ما ليس في الوسع فلا يجوز قال الامام السرخسي
لم يذكر

لم يذكر صاحب الكتاب انه يواكلها يعني ان الخصاف لم يذكر في كتاب
النفقات ثم قال الكرخي مشايخنا قالوا المستحب له ان يواكلها لانه مامور بحسن
العشرة بينهما وذا في ان يواكلها لان يكون نفقتها ونفقته سواء **قوله** وجه
الاول انه وجه اعتبار حالهما وهو اختيار الخصاف **قوله** وهو الفقه اي
اعتبار حال المرأة هو الفقه **قوله** فان النفقة تجب بقدر الكفاية والفقيرة
لا تفتقر الى كفاية الموسرات فلا معنى للزيادة فيه نظر لانه لا يستقيم
الدليل والمدلول مطابقة لان صاحب الهداية اورده دليلا لقول الخصاف
وقول الخصاف اعتبار حالهما جميعا لا اعتبار حال المرأة وحدها فاذا كان
لا معنى للزيادة على قدر كفاية الفقيرة يكون الاعتبار لحال المرأة وحدها
فلزم ما قلنا والاولى ان يعلل من جهته كما بينا فافهم **قوله** والباقي دين
في ذمته يعني انا نقول بموجب النص وهو قوله تعالى ومن قدر عليه رزقه
فلينفق مما آتاه الله فلا يلزم مع الاعسار الا انفاق الاقل والزيادة يكون
دينا في ذمته ولا يؤديها مع العجز وهذا لا يكون جوابا لما ذهب اليه الكرخي
من ظاهر الرواية لان نص القران لا يثبت الزيادة على نفقة الاعسار فمن اين
يثبت الزيادة بموجب النص حتى تكون دينا عليه **قوله** ويعتبر في ذلك بالعرف
المذكور في القران والحديث **قوله** كما ذهب اليه الشافعي بيان لقوله
للتقدير **قوله** وان امتنعت من تسليم نفسها حتى يعطيها مهرها فلها النفقة
وهذا لفظ القدوري في مختصره والمراد من المهر هو العاجل وبه صرح في شرح
الطحاوي فقال ولو انها منعت نفسها لاجل مهرها العاجل فلها النفقة لان هذا
منع بحق وقال في التحفة اذا كان الامتناع بغير حق بان اوفاها الزوج المهر
او كان مؤجلا فانه يسقط النفقة لانه وجد النشوز منها فعلم بهذا ان المراد مما
ذكره القدوري هو العاجل وذلك لان مطالبة كل واحد من المهر العاجل والنفقة حق
لها فمطالبة احدهما لا يسقط الآخر لكن ينبغي لك ان تعرف ان الامتناع لطلب

المهر اذا كان قبل الدخول لا يزيل النفقة اتفاقا لانه نشوز بحق ولذلك اذا كان بعد الدخول
برضاها عند ابي حنيفة وقالا لا نفقة لها وقد عرف في المختلف خلافهما اذا اوفا
ها او كان المهر مؤجلا او وهبته فامتنعت حيث يكون ناشزة لان الامتناع لم
يكن بحق فالحاصل نشوز بلا خلاف ولو كان الزوج ساكنا معها في منزلها فمنعت
زوجها عن الدخول عليها كانت ناشزة الا اذا سألته ان يحولها الى منزله او
يكتري لها منزلا غيره لا يكون ناشزة ولو كانت سقيمة ولم تمكنه من الوطء
لا تكون ناشزة **قوله** وان نشزت فلا نفقة لها حتى تعود الى منزله وهذا
لفظ القدوري في مختصره قال في المبسوط واذا تغيبت المرأة عن زوجها او ابت
ان تتحول معه الى منزله او الى حيث يريد من البلدان وقد اوفاها مهرها
فلا نفقة لها لانها ناشزة وانما لم يكن لها نفقة لان شرط وجوب النفقة تسليم النفس
فانعدم ذلك في الناشزة فاذا عادت الى بيت الزوج عاد التسليم فلها النفقة
وتفسير الناشزة والناشصة هي المانعة نفسها عن زوجها بغير حق قيل
لشريح هل للناشزة نفقة فقال نعم فقيل لم فقال جراب من تراب معناه لا
نفقة لها واذا كان الرجل يسكن في ارض الغصب فخرجت المرأة لاجل انه يسكن
في المغصوبة لا تكون ناشزة لانها محقة ونقل في خلاصة الفتاوى عن فتاوى
النسفي لو كان الزوج بسمرقند وامرأته بنسف فبعث اليها اجنبيا ليحملها الى
سمرقند فلم تذهب لعدم المحرم يفرض لها النفقة **قوله** وان كانت صغيرة
لا يستمتع بها فلا نفقة لها وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان سلمت
اليه والمراد من الاستمتاع هنا الجماع لان الحاكم الشهيد قد صرح به في مختصر الكافي
وكذلك شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه وشمس الائمة البيهقي
في الشامل في قسم المبسوط فقال الحاكم الشهيد ولا نفقة للصغيرة التي لا تجامع لان
الحبس جاء من قبلها ثم قال فان كانت قد بلغت ما تجامع مثلها فلها النفقة
صغيرا كان زوجها او كبيرا قال العتابي في شرح الجامع وحده عند بعضهم ان
تبلغ

في منزلها

الشامل

تبلغ تسع سنين وفي عامة فانها تطيق وعند بعضهم سبع سنين وهو اختيار مشايخنا
وقال في شرح الاقطع قال الشافعي في احد قوليه لها النفقة لانها تجب بالعقد
كالمهر فيستوي الصغيرة والكبيرة ولان وجوب النفقة لدفع حاجتها والصغيرة
محتاجة كالكبيرة كما في المملوكة لمالك اليمين حيث يستوي الصغيرة والكبيرة
في وجوب النفقة فكذا هنا ولان النفقة عوض عن الملك فكانت الصغيرة كا
لمملوكة **ولنا** انها غير مسلمة نفسها الى الزوج فصارت كالناشزة لان تسليم
الصغيرة جدا بحيث لا تحتمل الجماع ليس بصحيح بخلاف ما اذا بلغت مبلغ الجماع لانه
وجد التسليم فكان لها النفقة وبخلاف المملوكة فان النفقة ثمة باعتبار الملك وذلك
لا يتفاوت بالكبر والصغر بخلاف التسليم وبخلاف المريضة حيث يستحق
النفقة لانها سلمت نفسها الى الزوج وليس المرض من قبلها فلا تكون مفوتة
حقه ولا نسلم انها وجبت عوضا لانها لا تخلو اما ان تكون عوضا عن ملك البضع
او عن الاستمتاع ولا بالثاني ادعى فعليه البيان فلا يجوز الاول لان ملك البضع وقع
المهر عوضا عنه فلا يجوز ان تكون النفقة عوضا عنه لانه لم يوجد في الشرع
عوضان عن معوض واحد لا يجوز الثاني ايضا لان الاستمتاع وقع تصرفا فيما ملكه
بالعقد فلا تجب شيء اخر غير ما اوجبه العقد كما في استيفاء المنافع في
الاجارة فان قلت لو لم تكن عوضا عن الاستمتاع لزم سقوطها اذا تعذر في
اللازم منتف فينتفي الملزوم قلت لا نسلم الملازمة لانها تجب للرتقاء
مع تعذر الاستمتاع فان قلت لو كانت تجب على وجه الصلة كما قلتم لما
تحبس الزوج لاجلها قلت الملازمة ممنوعة لانتقاضها بنفقة ذوي
الارحام لانها على وجه الصلة ومع هذا تحبس من وجب عليه النفقة اذا امتنع
فان كانت الصغيرة لا تصلح للجماع ولكن تصلح للخدمة اختلف المشايخ
فيه وصاحبا الايضاح والتحفة مالا الى انه اذا سلمها لزمته النفقة **قوله**
والاحتباس الموجب اي النفقة **قوله** بمقصود مستحق بالنكاح اراد به

لك

للجماع ولم يوجد اي المقصود **قوله** على ما نبين اي قريبا من خمسة عشر
خطا تعني تجب النفقة في المريضة وان تعذر الجماع **قوله** وان كان الزوج
صغيرا لا يقدر على الوطء وهي كبيرة فلها النفقة في ماله وهذه مسئلة القدوري
ايضا وذلك لان شرط وجوب النفقة هو تسليم النفس وقد وجد ذلك
لكن الزوج عجز عن استيفاء حقه فلا يسقط بعجزه حقها قال في شرح الاقطع
قال الشافعي في احد قوليه لا نفقة لها وذلك لانها رضيت بترك نفقتها حيث
تزوجته مع علمها بحاله قلنا سلمنا انها تزوجته مع علمها بحاله ولكن لا نسلم انها
رضيت بترك نفقتها الا ترى انها اذا تزوجته مع العلم بالجب لا تسقط النفقة
مع ان المجبوب عاجز عن الوطء كالصغير العاجز عن الوطء نص عليه الشافعي
في كتابه قلنا لا يسقط النفقة اذا كان الزوج صغيرا وهي كبيرة ولو كانا صغيرين
جميعا لم يذكر حكم النفقة لا في الاصل ولا في الجامع ولكن يفهم من التعليل المذكور
فيما اذا كانت صغيرة والرجل كبيرا ان لا نفقة لها في هذه الصورة ايضا
لان تلك العلة وهي عدم تسليم النفس موجودة هنا وقد صرح بما قلنا
اعني بعدم وجوب النفقة في الذخيرة ايضا **قوله** فصار كالمجبوب
والعنين اي صار الزوج الصغير الذي لا يقدر على الوطء مثلهما حيث تجب عليه
نفقة المراة كما تجب عليهما لتحقق تسليم النفس في الكل **قوله** واذا حبست
المراة في دين وترتيب المسئلة في القدوري واذا حبست المراة في دين او غصبها
رجل كرها فذهب بها او حجت مع محرم فلا نفقة لها اما المحبوسة فلان
النفقة جزاء الاحتباس عند الزوج بحقه وقد فات ذلك فلا تجب النفقة
ولانها هي التي حبست نفسها في الحقيقة حيث ماطلت في اداء الدين
فصارت كالناشزة وذكر هذه المسئلة في الجامع الكبير في كتاب القضاء
مطلقا وقال الشيخ ابو نصر روي عن ابي يوسف انه قال اذا كانت محبوسة
قبل ان ينقلها فان كانت تقدر ان تخلي بينه وبين نفسها فلها النفقة لانه
تمكن

تمكن من الاستمتاع بها والمنع من تقبلها الى بيته ليس من جهتها فلا يسقط
حقها واما المغصوبة اذا ردت الى زوجها فلا نفقة لها فيما مضى وروي عن ابي
يوسف انه قال لا يسقط نفقتها لان الاصل عنده اذا حبست المراة لا من جهتها
لا يسقط النفقة وعندهما اذا امتنعت لا من جهة الزوج تسقط النفقة قال
الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير لمحمد رحمه الله وضع
المسئلة فيما فرض لها النفقة لان بدونه لا يتصور المسئلة لان المراة لا تطالب
الزوج بنفقة ما مضى الا بفرض القاضي واما التي تحج مع محرم فلا نفقة لها
بالاتفاق وكذا المذكور في شرح الجامع الكبير لان المنع من جهتها الا اذا
كان الزوج معها فحينئذ تجب النفقة لوجود الاحتباس بحقه والتمكين
من الاستمتاع بالجماع ودواعيه ولكن تجب نفقة الحضر يعني قيمة الطعام
في الحضر ولا تجب عليه غلاء السفر ولا مؤنة السفر كذا في شرح
كتاب النفقات لان الواجب عليه النفقة بالمعروف وليس هذا من
المعروف وروي عن ابي يوسف انها اذا انتقلت الى بيته ثم حجت
مع محرم فلها النفقة وقال محمد لا نفقة لها كما لو حجت قبل الانتقال كذا
في شرح الاقطع وذلك لان التسليم امتنع من جهتها فصارت كالناشزة
ولابي يوسف ان التسليم تحقق ولكن امتنع الاستمتاع لاداء العبادة
فلا يسقط النفقة كصوم رمضان والجواب ان يفرق بان الصوم والصلوة
لا ينعدم بهما قيام الزوج عليها بخلاف الحج مع محرم حيث ينعدم ذلك
قوله وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه اي لم يكن فوت
الاحتباس من المراة على تقدير ثبوت عجزها عن اداء الدين وليس الفوت
من جهة الزوج ايضا فلا يطالب بالنفقة **قوله** والفتوى على الاول
اي على ظاهر الرواية وهو انه لا نفقة للمغصوبة فيما مضى والفقه فيه ان
النفقة جزاء الاحتباس واذا فات الاحتباس لمعنى من جهة الزوج يجعل

باقيا تقديرا انها لما لم تفت لم تجب النفقة كما اذا امتنعت نفسها قبل الدخول
لاجل الصداق وحبس الزوج بدين عليه او ارتدت او اسلمت هي وابى
الزوج الاسلام او طلقها بعد الدخول وكذا كل فرقة من قبلها حتى نحو
الفرقة بخيار العتق والبلوغ وبسبب عدم الكفاءة او بسبب الجب والعنة
ما دامت في العدة وان لم يكن فوت الاحتباس لمعنى من جهته لا يجعل باقيا
تقديرا فلا تجب لها النفقة كما اذا ارتدت او قبلت ابن الزوج او اسلم الزوج و
ابت هي الاسلام **قوله** لانها هي المستحقة عليه اي لان نفقة الحضر هي
الواجبة على الزوج لان الثابت هو النفقة بالمعروف وهو عبارة عما لا اسراف
فيه ولا تقتير وفي السفر اسراف لغلاء السعر فلا يكون معروفا فلا يجب ذلك
قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانها هي المستحقة **قوله** فان مرضت
في منزل الزوج فلها النفقة وهذا لفظ القدوري في مختصره **اعلم** ان المريضة
مطلقا لها النفقة في ظاهر الرواية سواء كان مرضا يمنع من الجماع او لا
لتحقق التسليم مع المرض والمنع من الاستمتاع حصل بلا صنع ادمي فلا
يسقط النفقة كما في الحيض بخلاف الصغير حيث يصح تسلم الصغيرة
وذاك هو المذكور في الاصل والكافي للحاكم الشهيد وشرحه للامام
السرخسي وكتاب الشامل وشرح الطحاوي فقال في الكافي نفقة المراة واجبة
على الزوج وان مرضت او جنت او اصابها بلاء يمنع عن الجماع او كبرت لا يستطيع
جماعها وقال في شرح الطحاوي اذا مرضت مرضا لا تطيق الجماع او كبرت ولا
تطيق الجماع او بها رتق يمنع الجماع او قرن يمنع الجماع او اصابها بلاء يمنع الجماع
فان لها النفقة وكذلك ذكر في نسخ الجامع الكبير ايضا وقال صاحب
الشامل عن ابي يوسف ان المريضة التي لم يدخل بها اذا لم يمكن جماعها لا نفقة
لها لانها ادون حالا من الصغيرة وقال صاحب الهداية وعن ابي يوسف انها
اذا سلمت نفسها ثم مرضت تجب النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت
لا تجب

لا تجب لان التسليم لم يصح قوله خلاف شرح كتاب النفقات قال شمس الائمة
الحلواني قال اصحابنا المراة اذا مرضت ان كان مرضا لا يمكن الاستمتاع بها مع ذلك
المرض بوجه من الوجوه تسقط النفقة وان كان مرضا يمكن الاستمتاع
بها بنوع انتفاع لا تسقط النفقة ذكره في باب نفقة الصغائر وقال الامام السرخسي
في شرح الكافي وعن ابي يوسف ان الرتقاء لا تستوجب النفقة اذا
لم يرض الزوج بها ويكون له ان يردها الى اهلها ولا ينفق عليها **قوله** قال الفقيه
مشايخنا **قوله** وفي لفظ الكتاب ما يشير اليه اي في لفظ القدوري مختصره
ما يشير الى ما روي عن ابي يوسف في غير ظاهر الرواية لانه قال وان مرضت
في منزل الزوج لانه يفهم منه انها سلمت نفسها الى الزوج في منزله ثم مرضت
قوله ويفرض على الزوج النفقة اذا كان موسرا ونفقة خادمها وهذه رواية
القدوري قال صاحب الهداية والمراد بهذا بيان نفقة الخادم اي بقوله يفرض
على الزوج النفقة وانما ذكره اعتذارا لمن يقول ان القدوري كرر الكلام
في نفقة الزوج فاستدرك على صحة ما قال بقوله ولهذا ذكر في بعض النسخ
اي في بعض نسخ القدوري ويفرض على الزوج اذا كان موسرا نفقة خادمها
وتلك النسخة هي الاصح لان الشيخ ابا نصر اعتبرها في نسخة اعني في
الشرح المعروف بشرح الاقطع ثم اعلم انه انما قيد بقوله اذا كان موسرا
لانه اذا كان معسرا لا يفرض عليه بنفقة الخادم وان كان لها خادم
ثم على ما روى الحسن عن ابي حنيفة كذا في مختصر الكرخي واليسار
يقدر بنصاب حرمان الصدقة لا بنصاب وجوب الزكوة كذا في الفتاوى
الصغرى وغيرها ثم ان كان لها خادم يفرض نفقة الخادم اذا كانت
الخادم متفرغة لخدمتها ولا شغل لها غيرها كذا في شرح الطحاوي اما اذا لم يكن
لها خادم لا يفرض نفقة الخادم في ظاهر الرواية وروي عن زفر انه يفرض
نفقة خادم واحد لان على الزوج القيام بمصالح طعامها فاذا لم يقم بها اعطى

الملك فاذا لم يكن الخادم
نفقة الخادم وجه الظاهر ان نفقة الخادم بسبب الملك فاذا لم يكن الخادم
في ملكها لم يلزمه نفقة الخادم كالغازي الراجل لا يستوجب سهم الفارس وان
كان منه كفاية الفارس في المبارزة [illegible] اختلف المشايخ في الخادم
قال بعضهم هو المملوك حتى لا يستحق هي نفقة الخادم اذا لم يكن مملوكا لها و
قال بعضهم اي خادم كان حرا كان او مملوكا كذا في خلاصة الفتاوى
وغيرها وينبغي لك ان تعرف ان المراة انما تستحق نفقة الخادم اذا كانت المراة
حرة اما اذا كانت امة فلا كذا في الخلاصة ايضا لكن العبارة غيرها ونفقة
الخادم ادنى الكفاية وهو ما يلزم المعسر من نفقة امراته وقال في النوازل
روى قتادة عن خلاس عن علي ابن ابي طالب انه فرض لامراة وخادمها اثني
عشر درهما في الشهر اربعة للخادم وثمانية للمراة منها درهمين للقطن
والكتان كذا ذكر الخصاف في ادب القاضي وروي عن شريك انه قال
شهدت ابن ابي ليلى انه فرض للمراة ستة دراهم وللخادم ثلاثة و
الخادم واحد الخدم غلاما كان او جارية كذا في ديوان الادب **قوله**
وهذا من تمامها اي فرض نفقة الخادم من تمام كفاية المراة ثم المراة اذا لم
يكن لها خادم فهل يجب عليها ان تخبز وتعالج بنفسها فان قالت لا افعل
لا تجبر على ذلك لان الواجب عليها تمكين النفس من الزوج لا هذه الا
الاعمال بخلاف الخادم اذا امتنع من الخدمة لا تستحق النفقة لان نفقته
بازاء الخدمة فاذا لم تخدم تخرج من البيت **قوله** ولا نفرض لاكثر من خادم
واحد هذا لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر الخلاف وكذا لم يذكره الحاكم
الشهيد في مختصره الموسوم بالكافي وكذلك ذكر الكرخي في مختصره بلا
خلاف حيث قال فان كان لها خادم او خدم فرض الحاكم لخادم
واحد لا يزيد عليه فعن هذا قال صاحب النافع بلفظ عن فقال وعن ابي
يوسف انه يفرض نفقة خادمين ولكن قال شمس الائمة السرخسي
في شرح

في شرح الكافي وعلى قول ابي يوسف يفرض لخادمين كذا قال
شمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط والامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي وصاحب المختلف فيه وفي التحفة وهذا الذي
ذكره عن ابي يوسف غير المشهور عنه لان المشهور من قوله كقولهما
وبه صرح الطحاوي في مختصره ثم قال الطحاوي فيه وروى اصحاب
الاملاء عنه انه قال ان المراة ان كانت ممن يجل مقدارها عن خدمة
خادم واحد تفرض على من لا بد لها منه من الخدم ممن هو اكثر من الخادم الواحد
او اثنين او اكثر من ذلك قال وبه ناخذ لابي يوسف ان احدهما للداخل
البيت والاخر لخارج البيت ولابي حنيفة ومحمد ان الحاجة تنقضي بالواحد
في الداخل والخارج وما زاد على ذلك فللتجمل فلا ضرورة فيه وجه رواية الاملاء
انها اذا كانت ممن يجل قدرها تستحق نفقة الخدم كلها لان هذا من المعروف
لمثلها وهو الواجب في النفقة بالنص **قوله** لانه الضمير فيه راجع الى
الزوج وكذا في قوله بنفسه **قوله** وهو ادنى الكفاية الضمير راجع الى ما
يلزم **قوله** وهو رواية الحسن قال شيخنا برهان الدين الخريفغني قدس الله
روحه الحسن اذا ذكر مطلقا في نسخ الفقه لاصحابنا فالمراد منه
الحسن بن زياد اللؤلؤي وهو من كبار اصحاب ابي حنيفة رضي الله عنه
واذا ذكر مطلقا في كتب التفسير فالمراد منه الحسن البصري
المشهور في الزهد والعلم **قوله** خلافا لما قاله محمد رحمه الله قال
محمد اذا كان الزوج معسرا فان كان لها خادم يفرض نفقة الخادم وان
لم يكن فلا يفرض **قوله** ومن اعسر بنفقة امراته لم يفرق بينهما ويقال
لها استديني عليه وهذه من مسائل القدوري اعلم ان العجز عن الانفاق لا
يوجب حق المطالبة بالتفريق عند اصحابنا وقال الشافعي يوجب والعجز عن
ايفاء المهر ان كان قبل تسليم النفس فهو على هذا الاختلاف وان كان بعده فعندنا

لايوجب واختلف مشايخنا فيه كذا ذكر علاء الدين العالم في طريقة الخلاف
كتاب والسنة اما الكتاب فقوله تعالى فامساك بمعروف او تسريح
باحسان بيانه انه لما عجز عن الايفاء فات الامساك بالمعروف فتعين التسريح
بالاحسان فلما ابى ذلك ناب القاضي منابه دفعا للظلم كما في الجب والعنة واما
السنة فما روي عن سعيد بن المسيب رضي الله عنه انه سئل عن هذه المسئلة
فقال يفرق بينهما فقيل اهو سنة قال نعم والسنة اذا اطلقت يراد بها سنة
الرسول عليه السلام ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة نص
على ان المعسر يستحق الانظار والامهال فلو اجلته المراة في النفقة ما
كان لها ان تطالب بالفرقة فلئن اذا ثبت الاجل شرعا وذلك لان المستحق هو
التاخير بالنص وفي التفريق ابطال ذلك فلا يجوز ولان في التفريق يبطل حق
الزوج لا الى خلف وفي المنع منه تاخير حق المراة لان النفقة تصير دينا في
الذمة بقضاء القاضي فتستوفيها المراة في الزمان الثاني وضرر التاخير
ادنى من ضرر الابطال فيتحمل ادنى الضررين لدفع الاعلى فان قلت
لانسلم ان ضرر المراة ضرر التاخير بل هو ضرر الابطال ايضا لان حقها فات
في الحال والوصول اليه في الزمان الثاني موهوم فلا يعتبر ذلك القدم
الامارة على الوصول ولئن سلمنا انه ضرر التاخير ولكن لانسلم ان ضرر التاخير
دون ضرر الابطال الا ترى ان المولى اذا عجز عن الانفاق على عبده او امته
يجبر على بيعهما وفي البيع ابطال حق المولى وفي الاستيفاء تاخير حقهما
قلت ضرر المراة ضرر التاخير لان حقها يفوت في الحال مع احتمال
التدارك في الزمان الثاني لان المال غاد ورائح فيمكن ان يكتسب الزوج
او يستقرض فيؤدي اليها حقها بخلاف حق الزوج فانه يفوت
بالتفريق على وجه لا يصل الا بسبب جديد فثبت ان ضرر التاخير
دون ضرر الابطال لان ذاك يحتمل التدارك وهذا لا ولو خلا ان العجز عن نفقة
العبد

العبد الامة لان في البيع تفويت حق المولى الى عوض وهو الثمن وفي الاستيفاء
تفويت حقهما اصلا لان المملوك لايستوجب على مولاه دينا فيفوت
نفقته اصلا اذا اخرت فتحمل ضرر المولى لكونه ادنى من ضرر المملوك سلمنا
انه عاجز عن الامساك بالمعروف ولكن لانسلم انه قادر على التسريح بالاحسان
انما يكون قادرا على التسريح بالاحسان اذا كان قادرا على التسريح بايفاء حقها
في المهر ونفقة العدة فمن كان عاجزا عن نفقة الحال كيف يكون قادرا على ايفاء
المهر ونفقة العدة ولانسلم ان السنة يراد بها سنة الرسول لان السنة كما
تطلق على سنة الرسول تطلق على سنة غيره ايضا الا ترى الى قوله عليه السلام
من سن لكم معاذ سنة حسنة وسنة العمرين فاشية بين العلماء ثم اعلم ان
التفريق بسبب العجز عن الانفاق عند الشافعي فسخ لا طلاق فنص عليه في المبسوط
قوله في الثاني اي في الزمان الثاني **قوله** وفوت المال وهو تابع في النكاح لا
يلحق بما هو المقصود وهو التوالد هذا جواب عما قاس عليه الشافعي بقوله كما في الجب
والعنة بيانه ان القياس لا يصح الا بشرط المماثلة بين المقيس والمقيس عليه ولانسلم
المماثلة بينهما لان في العجز عن النفقة يفوت المال وهو تابع في النكاح وفي الجب والعنة
يفوت التوالد وهو المقصود في باب النكاح ولئن قال النفقة ايضا في باب النكاح
مقصودة فانا نقول المقصود الاصلي في باب النكاح ما لا وجود للنكاح بدونه كملك
الرقبة في باب البيع وملك المنفعة في باب الاجارة وللنكاح وجود بدون النفقة ابتداء
وبقاء اما ابتداء فانها لا تستحق النفقة قبل تسليم النفس واما بقاء فكالناشزة
لا تستحق النفقة مع ان النكاح موجود وكذا المولى اذا لم يبوئ لامته بيتا في جميع
العمر لا يستحق النفقة مع ان النكاح منعقد باق **قوله** وفائدة الامر
بالاستدانة مع الفرض ان يمكنها احالة الغريم على الزوج اي مع فرض القاضي
واورد في شرح الاقطع هنا سؤالا وجوابا فقال فان قيل لا فائدة في الاذن لها
بعد فرض القاضي النفقة لها لانها قد صارت دينا بفرضه قيل له فائدة

الاذن لان تحيل الغريم على الزوج فيطالبه بالتسبيب وان لم يرض بذلك ومتى
استدانت من غير اذن كانت المطالبة عليها خاصة ثم اعلم ان العجز عن
الانفاق لا يوجب التفريق عندنا ولكن مع هذا اذا فرق القاضي بينهما
هل ينفذ قضاؤه ام لا قال الامام ابو حفص محمد بن محمود الاستروشني
الفصل الثاني في القضاء في المجتهدات من كتاب الفصول واذا ثبت العجز
بشهادة الشهود فان كان القاضي شافعي المذهب وفرق بينهما نفذ
قضاؤه بالتفريق وان كان حنفيا لا ينبغي له ان يقضي بخلاف مذهبه
الا اذا كان مجتهدا ووقع اجتهاده على ذلك فان قضى بخلاف رايه من غير اجتهاد ذلك م
فعن ابي حنيفة رضي الله عنه في جواز قضائه روايتان ولم يقض ولكن امر الحا
الشافعي المذهب ليقضي بينهما في هذه الحادثة فقضى بالتفريق ينفذ اذا لم يرتش
الامر والمامور فان كان الزوج غايبا فرفعت المراة الامر الى القاضي واقامت
البينة ان زوجها الغايب عاجز عن النفقة وطلبت من القاضي ان يفرق بينهما
فان كان القاضي حنفيا فقد ذكرنا وان كان شافعيا ففرق بينهما قال
مشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضى في فصلين مختلف فيهما التفريق بسبب
العجز عن النفقة والقضاء عن الغايب وكل واحد منهما مجتهد فيه وقال
القاضي ظهير الدين المرغيناني لا يصح هذا التفريق لان القضاء على الغايب
انما يجوز عند الشافعي وينفذ في احدى الروايتين عن ابي حنيفة اذا ثبت
المشهود به وهنا لم يثبت المشهود به عند القاضي وهو العجز لان المال
غاد ورايح ومن الجايز ان الغايب صار غنيا ولم يعلم به الشاهد الا سهما من المساية
الشهادة وقال صاحب الذخيرة الصحيح انه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف
حالة الغيبة لجواز ان يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق لا العجز عن الانفاق
فان رفع هذا القضاء الى قاض اخر فاجاز قضاءه فالصحيح انه لا ينفذ لان
هذا القضاء ليس في مجتهد فيه لما ذكرنا ان العجز لم يثبت **قوله** واذا قضى
القاضي

القاضي لها بنفقة الاعسار ثم ايسر فخاصمته تمم لها نفقة الموسر وهذه من
مسايل القدوري وذلك لان النفقة تجب شيئا فشيئا فيعتبر حالها في
كل وقت وفيما مضى انما قدر بنفقة الاعسار لعذر الاعسار فاذا زال الاعسار
ظهر ما وجب لاجله كالمعسر اذا حنث في يمينه فشرع في صوم الكفارة ثم
ايسر يجب عليه **التكفير** بالمال لزوال الاعسار فكذا هنا وكذلك
اذا اعسر بعد ما قضى عليه بنفقة الموسر حيث تفرض عليه بنفقة الا
عسار لان النفقة لكفاية الوقت فيتغير بتغيره **قوله** وما قضى به
تقدير النفقة لم تجب وارتفع قوله تقدير بانه خبر لما والضمير في به راجع الى
ما هو في معنى الذي **قوله** تبدل حاله اي حال الزوج بان صار موسرا **قوله**
واذا مضت مدة لم ينفق الزوج عليها وطالبته بذلك فلا شيء لها الا ان يكون
القاضي فرض لها النفقة او صالحت الزوج على مقدارها فيقضي لها بنفقة
ما مضى وهذه من مسايل القدوري ايضا **اعلم** ان نفقة الزوجة لا تصير
دينا في ذمة الزوج الا بقضاء القاضي او بالتراضي وعند الشافعي تصير دينا
بمضي المدة لان النفقة عوض عن الاحتباس وما وجب عوضا لا يتوقف على
قضاء القاضي كالاجرة في باب الاجارة ولنا انها نفقة تجب شيئا فشيئا
فلا تصير دينا بمضي المدة كنفقة الاقارب ولا نسلم انها عوض لان المهر
عوض البضع فلا حاجة الى عوض اخر لمعوض واحد ولا يجوز ان يكون عوضا
عن الاستمتاع لانه تصرف فيما ملكه بالعقد وتصرف الانسان في ملكه
لا يوجب عوضا ولا يجوز ان يكون عوضا عن الاحتباس لانها اذا منعت نفسها
لطلب المهر العاجل فزال الاحتباس في مدة المنع لا يسقط النفقة فلو كانت
عوضا عنه سقطت فلما انتفى كونها عوضا ثبت انها صلة لان الصلة عبارة عما
تجب من غير عوض مقابله والصلات لا يستقر وجوبها الا مؤكدا كالهبة لا يتاكد
الا بالقبض وهنا كذلك حيث تتاكد النفقة بقضاء القاضي والصلح عن تراض

في ذلك لان القاضي له ولاية الالزام على الزوج على نفسه ولاية بل ولايته على نفسه
اكثر من ولاية القاضي لان له ان يلتزم النفقة فوق ما يلزمه القاضي بالمعروف
فكان صلحه في معنى القضاء بل اولى بخلاف المهر حيث يجب بلا قضاء ولا رضا كما اذا
تزوجها ولم يسم لها مهرا فدخل بها او مات عنها لان وجوبه بطريق العوض وبخلاف
الاجرة ايضا فانها عوض عن استيفاء المنافع ولهذا اذا شرط التعجيل فحبس في الاجرة
ومضت المدة يسقط الاجرة لفوات الاستيفاء **قوله** فلا يستحكم الوجوب على
صيغة المبني للفاعل لانه لازم لا تتعدى يقال احكمه فاستحكم واشار بقوله على ما
الى ما ذكر من الدليل في قوله وان كانت صغيرة لا يستمتع بها فلا نفقة لها **قوله** وان
مات الزوج بعد ما قضي عليه بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وكذا اذا ماتت
الزوجة وهذه من مسائل القدوري وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا رضي الله عنهم وقال في
الشامل وعن محمد انه يؤخذ من ماله وقال في شرح الاقطع قال الشافعي انما يؤخذ
من تركة الزوج وجه قوله ان النفقة عوض فتصير دينا في الذمة فلا يسقط
بالموت كسائر الديون ولنا انها صلة لا عوض وقد قررناها في المسئلة المتقدمة
والصلات تسقط بالموت ولا تتم الا بالتسليم فاذا مات قبل التسليم بطلت كالهبة
لكن هذا فيما اذا لم يأمرها القاضي بالاستدانة لانه اذا امرها بالاستدانة فاستدانت
ثم مات الزوج لا يبطل الرجوع في هذا الدين به صرح في شرح كتاب النفقات
وعلل وقال لانها لما استدانت بامر القاضي جعل كان الزوج هو الذي استدان ولو كان
هو استدان بنفسه ثم مات لا يسقط عنه الدين كذا هنا **قوله** وجوابه قد بيناه اي
جواب الشافعي عن قوله ان النفقة عوض قد بيناه في مسئلة وان كانت صغيرة
لا تستمتع بها فلا نفقة لها وهو ما ذكره بقوله **ولنا** ان المهر عوض عن الملك ولا يجتمع
العوضان عن معوض واحد **قوله** وان اسلفها نفقة السنة ثم مات لم يسترجع
منها بشيء وهذه من مسائل القدوري يقال اسلفه فسلف اي قدمه فتقدم
كذا في ديوان الادب فعلى هذا كان ينبغي ان يقول اسلف لها نفقة السنة لانه
متعد

متعد الى واحد كما ترى **اعلم** ان المرأة اذا عجل لها زوجها نفقة مدة ثم ماتت
المرأة او مات الزوج قبل المدة لا تسترد من تركتها سواء كانت قائمة او
مستهلكة عند ابي حنيفة وابي يوسف استحسانا وعند محمد يسترد بقدر
ما بقي من المدة سواء كانت قائمة او مستهلكة قياسا كذا في شرح الطحاوي وغيره
وبه قال الشافعي كذا في شرح الاقطع ولكن ذكر الخصاف في كتاب النفقات
الخلاف بين ابي يوسف ومحمد ولم يذكر خلاف ابي حنيفة وكذلك ذكر الولوالجي
ايضا في فتاواه وفي عامة نسخ اصحابنا مثل شرح الكافي لشمس الائمة السرخسي
وشرح الطحاوي للامام الاسبيجابي والمختلف والتحفة وخلاصة الفتاوي ذكر
قول ابي حنيفة مع قول ابي يوسف وقال في الخلاصة والفتوى على قول ابي يوسف
اما اذا كانت هالكة فلا يسترد منها شيء بالاتفاق كذا ذكر الامام الاسبيجابي
وجه قول محمد رحمه الله ان النفقة جزاء الاحتباس وقد زال الاحتباس بالموت
فيبطل النفقة بحساب ما بقي من الوقت كالقاضي اذا اخذ رزق سنة ثم مات
قبل تمام المدة يرد فيما بقي بحساب ذلك وكذلك المقاتلة اذا اخذوا ارزاق مدة
ثم ماتوا قبل المدة حيث يسترد منهم فيما بقي من المدة ولان سبب استحقاق النفقة
القيام عليها وقد بطل السبب بالموت فيبطل النفقة كالمستاجر اذا عجل الاجرة
ثم مات حيث يرد الاجرة بحساب ما بقي من المدة ولانه اعطاها النفقة لمقصود
ففات ذلك المقصود بالموت فيسترد منها بقدر ما بقي من المدة كما اذا اعطاها
النفقة ليتزوجها فماتت او مات قبل التزوج ووجه قولهما ان النفقة
صلة كما قررنا قبل هذا والصلة اذا اتصل بها القبض يبطل الرجوع فيها بالموت لا
لانتهاء حكمها كما اذا مات الموهوب له بعد قبض الهبة وكما اذا كانت النفقة هالكة
من غير استهلاك وروى ابن رستم عن محمد رحمه الله انها ان كانت قبضت نفقة شهر
فما دونه لم يرجع عليها بشيء وان كان اكثر من ذلك ترك لها بقدر نفقة الشهر استحسانا و
يسترد من تركتها ما زاد على ذلك لانه يعطيها النفقة شهرا فشهرا عادة فصار نفقة

الشهر كنفقة الحال فهي لا تسترد قلت منه وما زاد على الشهر فهو في حكم الكثير فيثبت فيه الرجوع
قوله وعلى هذا الخلاف الكسوة يعني انها اذا استعجلت كسوة مدة ثم ماتت قبل المدة لا
يسترجع منها بشيء عندهما سواء كانت قائمة او مستهلكة وعند محمد يسترجع من
تركتها بحساب ما بقي وكذا اذا مات الزوج قبل المدة والوجه من الطرفين قد بيناه
في الهالكة لا رجوع بالاتفاق قوله لانه يسير اي لان الشهر وما دونه قوله
فصار في حكم الحال اي صار الشهر وما دونه في حكم الحال يعني ان نفقة الحال لا تسترد
فكذلك نفقة الشهر وفي بعض النسخ في حكم الحالة بالتشديد والتانيث اي
النفقة الحالة قوله واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها اي يباع
العبد في نفقة الحرة وهذه من مسائل القدوري قال صاحب الهداية ومعناه اذا تزوج
باذن مولاه وانما احتاج الى هذا التفسير لانه اذا تزوج بدون اذن المولى فلا نفقة عليه
ولا مهر وبه صرح شمس الائمة السرخسي في مبسوطه لان وجوب النفقة والمهر
بعد صحة العقد وبدون اذن المولى لا يصح العقد وانما قيد بالحرة لان المراة اذا
كانت امة لا تستحق النفقة قبل التبوية ويجي بيانها بعد هذه المسئلة وانما
وجبت النفقة دينا على العبد لان النفقة من احكام العقد فيستوي فيها الحر
والمملوك كالمهر وانما يباع في النفقة والمهر لان النكاح لما كان باذن المولى ظهر وجوب
المهر والنفقة في حقه فتعلق برقبة العبد واكسابه كما في ديون العبد الماذون
الا ان يفديه المولى لان حق المراة في النفقة لا في عين الرقبة فاذا اداها المولى
نفقتها لا يبقى حقها في النفقة بعد ذلك فلا يباع العبد وكذلك الحكم في المدبر
المكاتب اذا تزوجها باذن المولى حرة او امة بعد التبوية حيث تجب النفقة
والمهر عليهما ولكنهما لا يباعان في النفقة والمهر لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى
ملك بل يؤمران بالسعاية ثم اذا بيع العبد في النفقة واجتمع عليه النفقة
مرة اخرى يباع ايضا قال شمس الائمة السرخسي وليس في شيء من ديون العبد
ما يباع فيه مرة بعد مرة الا النفقة لان النفقة تتجدد وجوبها بمضي
الزمان

الزمان فيكون كدين حادث وقال الولوالجي في فتاواه اذا بيع في المهر مرة
وبقي شيء من المهر بان لم يف الثمن بكل المهر لا يباع مرة اخرى بل يتاخر الى ما
بعد العتق والفرق بين النفقة والمهر ان العبد انما بيع في جميع المهر فلا يباع
فيما بقي منه مرة اخرى بخلاف النفقة فانه بيع في النفقات المجتمعة لا في
النفقات التي لم تصر واجبة بعد والنفقة تجب شيئا فشيئا فاذا اجتمعت
مرة اخرى يباع فيها ايضا لان النفقة التي بيع فيها اولا غير هذه النفقة التي وجبت
ثانية قال في الكافي للحاكم الشهيد وشرح الكافي للسرخسي وشرح
الطحاوي والشامل اذا كان للعبد والمدبر ولد من امراته لم يكن عليه نفقة الولد لانها
ان كانت امة فالولد ملك لمولاه ونفقة المملوك على المالك دون الاب وان
كانت حرة فولدها يكون حرا ولا يجب نفقة حر على مملوك ولا على مولاه لان
ولده اجنبي منه وكذلك المكاتب لا يجب عليه نفقة ولده سواء كانت امراته حرة
او امة لهذا المعنى واذا كانت امراة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد
على الام لان الولد تابع للام في كتابتها ولهذا كان كسب الولد لها وارش الجناية
عليه لها وميراثه لها فلذلك النفقة يكون عليها بخلاف ما اذا وطي المكاتب
امته فولدت حيث يكون نفقة الولد على المكاتب لانه داخل في كتابته
ولهذا يكون كسبه له وكذا ارش الجناية عليه له ولانه جزؤه فاذا تبعه في
العقد كان نفقته عليه كنفقة نفسه وهذه المسائل ذكرناها تكثيرا للفوائد
وان لم يذكرها صاحب الهداية قوله ولو مات العبد سقطت اي لو
مات العبد الذي تزوج باذن المولى او قتل سقطت نفقة امراته ولا يؤاخذ
المولى بشيء من ذلك لفوات محل الاستيفاء وقد بينا قبل هذا ان النفقة
المفروضة تسقط بالموت لانها صلة خلافا لما روي عن محمد الا اذا كانت
استدانت بامر القاضي وقد مر بيانه عند قوله وان مات الزوج بعدما قضي عليه
بالنفقة ومضى شهور سقطت النفقة وانما جعل حكم القتل حكم الموت لان المقتول

بيت باجله ولا اجل له سوى هذا وقد عرف في موضعه قوله وان تزوج الحر
امة فبوّاها مولاها معه منزلا فعليه النفقة وهذا لفظ القدوري وتفسير التبوئة
فيه وان لم يبوّئها فلا نفقة لها وفي بعض النسخ وان تزوج الرجل امة فذاك اولى لعمومه
لان الحكم لا يختلف بين ان يكون الزوج حرا او عبدا نص عليه الحاكم الشهيد في
مختصر الكافي فقال واذا كانت الامة او المدبرة او ام الولد تحت حر او عبد فلا نفقة لها
عليه ما لم يبوّئها معه بيتا وان كان قد دخل بها وان بوّاها معه بيتا فعليه النفقة
وذلك لانه اذا بوّاها منزلا يحصل تسليم النفس في بيت الزوج فيجب النفقة بخلاف ما اذا لم
يبوّئها لانه لا يوجد التسليم فتكون كالحرة الناشزة فان انتزعها المولى واستخدمها
فلا نفقة لها على الزوج لفوات علة الاستحقاق ثم اذا اعادها وبوّاها منزلا فعليه
النفقة كالحرة اذا هربت من زوجها ثم عادت اليه وان كانت الجارية تجيء فتخدم
المولى من غير ان يستخدمها فلها النفقة على الزوج لعدم التفويت من جهة المولى فان
قلت استخدام المولى حق فينبغي ان لا يسقط نفقتها كالحرة اذا حبست
نفسها لصداقها العاجل قلت التفويت في المقيس عليه حصل من جهة الزوج لانه امتنع
من ايفاء ما لزمه فجعل الاحتباس باقيا تقديرا وفي المقيس حصل التفويت لا من جهة
الزوج فلم يمكن ابقاء الاحتباس تقديرا فان قلت كيف استوى الحالان الدخول
وعدمه حيث لا تجب لها النفقة قبل التبوئة دخل الزوج بها او لم يدخل قلت بالدخول
يوجد تسليم المعقود عليه واثره في تقرير البدل والنفقة ليست ببدل بل هي صلة
وجبت جزاء للاحتباس ولهذا يجب نفقة الرتقاء لوجود الاحتباس واذا لم يوجد
تسليم المعقود عليه فاذا بوّاها وجد الاحتباس فوجبت النفقة والا فلا قوله
والتبوئة ان يخلي بينها وبينه في منزله ولا يستخدمها هكذا فسر الحاكم الشهيد في
الكافي فقال والتبوئة في الامة ان يخلي الرجل بين امته وبين زوجها ولا يستخدمها
وقوله ولا يستخدمها بالنصب عطفا على قوله ان يخلي قوله والتبوئة غير لازمة
على ما مر في النكاح اي في باب نكاح الرقيق يعني اذا بوّاها ثم بدا له ان يستخدمها
كان له

كان له ذلك لان حق المولى لم يزل بالتبوئة كما لم يزل بالنكاح قوله والمدبرة
وام الولد في هذا كالامة يعني كما ان الامة لا نفقة لها قبل التبوئة فكذلك المدبرة وام
الولد لا نفقة لهما قبل التبوئة بخلاف ما اذا كانت المرأة مكاتبة حيث تجب لها
النفقة اذا لم تحبس نفسها منه ظالمة ولا تشترط التبوئة لان السيد ليس له ان
يستخدمها ولا يملك منعها من الزوج لانها صارت اخص بنفسها ومنافعها بالكتابة
يقال بوّاته منزلا وبوّات له منزلا بمعنى كذا في ديوان الادب

فصل

قوله وعلى الزوج ان يسكنها في دار مفردة ليس فيها احد من اهله الا ان تختار
ذلك وهذه من مسائل القدوري اعلم ان سكنى المرأة على الزوج واجب لقوله تعالى
اسكنوهن من حيث سكنتم اي اسكنوهن مكانا من بعض مكان سكناكم
لكن في دار ليس للزوج فيها من اهله احد كامته او اخته او احد من قرابته
وذلك لان السكنى حقها فليس للزوج ان يشرك غير المرأة معها في حقها بلا
اختيار منها كالنفقة لانها تتضرر لانها لا تقدر على ان تنام وتتطهر في كل
وقت ولا تأمن على اثاث بيتها ولا يمكنها المعاشرة مع زوجها في كل وقت و
الضرار منهي لقوله تعالى ولا تضاروهن اي لا تستعملوا معهن الضرار بخلاف
ما اذا اختارت السكنى مع اهله فان ذلك جائز لانها رضيت بنقصان
حقها وهي تملك ذلك قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في الفتاوى عن ابي بكر الاسكاف
انه قال هذا اذا كان في الدار بيت واحد اما اذا كان في الدار بيوت وقد فرغ
لها بيتا منها لم يكن لها ان تطلب من الزوج بيتا اخر لانه حينئذ يمكنه ان يجامعها
من غير كراهة ونقل في خلاصة الفتاوى عن ادب القاضي للخصاف
شكت المرأة عند القاضي ان الزوج يضربها فطلبت ان يسكنها عند قوم صالحين
ان علم به زجره وان لم يعلم ان كان جيرانه صالحين اقرها ثمة لكن يسألهم ان
اخبروا كما شكت زجره وان لم يكن ثمة صالحين امره بالاسكان
عند قوم صالحين قوله وقد اوجبه الله مقرونا بالنفقة اي اوجب

الله تعالى قوله سكنى مقرونا بالنفقة اراد به ما ثبت في قراءة ابن مسعود رضي الله عنه
في قوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم اي من
طاقتكم يعني مما تطيقونه قلت ما كان يحتاج صاحب الهداية الى ان يقول
اوجبه الله تعالى مقرونا بالنفقة لان القران في النظم لا يدل على القران في
الحكم على ما بيناه في التبيين فلو اقتصر على قوله تعالى اسكنوهن كان كافيا بان
قال لان السكنى من كفايتها لقوله تعالى اسكنوهن قوله تتضرر به اي تتضرر
المراة بالاشتراك قوله ذلك اي الاشتراك قوله وان كان له ولد من
غيرها ليس له ان يسكنه معها اي ان كان للزوج ولد من غير هذه المراة
ليس للزوج ان يسكن الولد مع هذه المراة لما بينا اشارة الى قوله لانها تتضرر
قوله وله ان يمنع والديها وولدها من غيره واهلها الدخول عليها
وهذه من مسايل القدوري وانما كان للزوج ان يمنع والدي المراة وولدها
من غير هذا الزوج وساير اقارب المراة لان المنزل الذي فيه المراة ملك
الزوج فله ان يمنعهم من الدخول فيه كما في ساير منازله ولا يمنعهم من النظر اليها
وكلامها اي وقت اختاروا كذا ذكر القدوري رحمه الله وذلك لانه اذا منعهم
من النظر والكلام يلزم قطع الرحم وذلك حرام لما روى البخاري باسناده
الى انس بن مالك قال ذكر رسول الله صلى الله عليه الكباير فقال الشرك بالله
وقتل النفس وعقوق الوالدين فقال الا انبيكم باكبر الكباير قول الزور
او قال شهادة الزور وروى ايضا باسناده الى جبير بن مطعم رضي الله عنه
انه سمع النبي صلى الله عليه يقول لا يدخل الجنة قاطع وروى ايضا باسناده
الى ابي هريرة رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه قال الرحم شجنة من
الرحمن فقال الله من وصلك وصلته ومن قطعك قطعته وفي رواية
عايشة رضي الله عنها الرحم شجنة فمن وصلها وصلته ومن قطعها قطعته
والشجنة بكسر الشين وضمها قال ابو عبيد يعني قرابة مشتبكة كاشتباك
العروق

العروق وقال ابو سليمان الخطابي يعني بالشجنة الوصلة قوله وقيل لا
يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها في كل جمعة قال
مشايخنا تخرج الى زيارة الابوين في كل جمعة مرة كذا في التتمة قال وفي
باب النفقة من ادب القاضي ليس للزوج ان يمنع ابوي المراة عن الدخول عليها
للزيارة في كل جمعة وهو الصحيح وفي شرح السير الكبير في كل شهر مرة عند
ابي يوسف وعند محمد مرة او مرتين قوله وفي غيرهما من المحارم
التقدير بسنة وهو الصحيح اي في غير الوالدين من ساير المحارم قال الفقيه من
مشايخنا بسنة يعني لا يمنعهم الزوج عن الدخول عليها في كل سنة مرة وانما
قال هو الصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل فانه قال لا يمنع المراة من
زيارة المحارم في الشهر مرة او مرتين كذا في النوازل قوله واذا غاب الرجل
وله مال في يد رجل يعترف به وبالزوجية فرض القاضي في ذلك المال نفقة زوجة
الغايب وولده الصغار ووالديه وهذه من مسايل القدوري وكذا يفرض نفقة
اولاده الكبار الزمنى والاناث وقال زفر لا يفرض فيه لشيء كذا في شرح الاقطع
والضمير في به راجع الى المال يعترف الرجل بالمال الذي في يده بانه وديعة الغايب
زوجه قول زفر رحمه الله ان فرض النفقة في الوديعة قضاء على الغايب
من غير خصم حاضر عنه فلا يصح ولنا ان من في يده المال يقر بالملك له الظاهر فاذا اقر به
للغايب واقر بالزوجية ثبت اقراره في حق نفسه ثم يتعدى الى الغايب
من طريق الحكم تبعا لانه اثبت للمراة في ذلك المال حقا ولها ان تاخذ حقها من مال
زوجها بلا رضا ولا قضاء لقوله عليه السلام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك
وولدك بالمعروف فاذا كان لها اخذ حقها بلا قضاء فبالقضاء اولى
وذلك لان القاضي عرف بوجود السبب الموجب كما اذا اقر بان غاب
حيث يقضي القاضي عليه بذلك لعلمه فلذلك النفقة فان قلت ما الفرق
بين هذه الصورة حيث يفرضها القاضي بالنفقة اذا اعترف من في يده المال

به وبالزوجية وبين دين آخر حيث لا يقضي باداء الدين لصاحب الدين اذا احضر
غريما او مودعا للغايب وهما مقران بالدين والوديعة قلت الفرق بينهما
ان القاضي انما يفعل ما يكون نظرا في حق الغايب وفي فرض النفقة في ماله وجد
النظر لانه حفظ ملكه وفي اداء الدين لا يوجد حفظ الملك لانه يجوز
القضا عليه فلا يجوز وانما اعتبر اقراره بالمال وبالزوجية لان المديون
او المودع اذا جحد الزوجية او المال لا تقبل بينتها على شيء من ذلك اما على الزوجية
فلان المديون او المودع ليس بخصم عن الغايب في اثبات النكاح عليه والاشتغال
من القاضي بالنظر انما يكون بعد العلم بالزوجية ولم يوجد العلم فلا يؤمر بالنظر وقد
كان يقول ابو حنيفة اولا تقبل بينتها على الزوجية لانها تدعي حقا فيما في يده
من المال بسبب فكان خصما في اثبات ذلك السبب كمن ادعى عينا في يد
انسان انه لو اشتراه من فلان الغايب ثم رجع فقال لا تقبل بينتها **قوله** وكذا اذا
علم القاضي ذلك يعني يفرض القاضي النفقة اذا علم القاضي الزوجية
وان المال للغايب وان لم يعترف بذلك صاحب اليد **قوله** لا سيما ههنا لا سيما
من كلمات الاستثنا لكنه موضوع لاثبات الحكم للمستثنى بما هو الافضل
كما يقول اكرمني القوم لا سيما زيد يعني اكرام زيد اكثر وابلغ من اكرامهم فهنا
كذلك بيانه ان اقرار صاحب اليد في ساير المواضع مقبول في حق نفسه ولا يقبل
عليه البينة اذا انكر الحق وههنا اذا انكر صاحب اليد احد الامرين
الوديعة او الزوجية لا يقبل البينة فكان بالطريق الاولى ان يقبل
اقراره لان اقراره اذا لم يقبل يلزم اهدار اثبات الحق اصلا لانه لا يقبل
البينة **قوله** في حقه اي في حق صاحب اليد **قوله** وكذا اذا كان
المال في يد مضاربه اي مضارب الغايب يعني اذا اعترف المضارب بالمال
وبالزوجية فرض القاضي النفقة وان انكر احدهما فلا **قوله** وكذا الجواب
في الدين يعني اذا احضرت المراة غريم زوجها الغايب عند القاضي
فاعترف

فاعترف بالدين وبالزوجية فرض القاضي النفقة وان جحد احدهما فلا
قوله وهذا كله اذا كان المال من جنس حقها دراهم او دنانير او طعاما
او كسوة من جنس حقها يعني هذا الذي قلنا من فرض القاضي النفقة
عند اعتراف صاحب اليد بالمال وبالزوجية كله فيما اذا كان المال
من جنس حق المراة دراهم دنانير او كان طعاما حيث يقضي فيه
بالنفقة لانه جنس النفقة المستحقة وكذا اذا كان ثيابا من جنس
ما تكتسي مثلها المراة قضى فيها بالكسوة لانها جنس حقها المستحق اما
اذا كان المال من خلاف جنس حقها كالدار والعبد والعروض فلا يفرض
النفقة فيها وينفق عليها من غلة الدار والعبد لانها من جنس حقها وانما
لا يفرض النفقة فيها لانه انما يكون بعد البيع والقاضي لا يبيع عروض
الغايب في نفقتها بالاتفاق اما عند ابي حنيفة فظاهر لانه لا يبيعها اذا كان
حاضرا لان بيع القاضي على وجه الحجر والحجر على الحر البالغ العاقل باطل
عند ابي حنيفة فاذا كان غايبا اولى واما عندهما فانما يبيع القاضي على
الحاضر اذا ثبت امتناعه من حق الذي عليه ولا يعلم امتناع الغايب
فلا يبيع القاضي ماله ولكن للابوين يجوز لهما بيع عروض الولد الغايب
عند ابي حنيفة استحسانا ولا يتعرض لها القاضي ويصرفان في نفقتهما
بالمعروف كذا في التحفة **قوله** قال ويأخذ منها كفيلا بها اي قال القدوري
يأخذ القاضي من المراة كفيلا بالنفقة اعلم ان الذي في يده المال اذا
اعترف بالمال وبالزوجية انما يفرض القاضي النفقة بشرط ان
ينظر للغايب وذلك بان يحلفها اولا ان زوجها لم يعطها النفقة اذ
يجوز ان يعطيها نفقتها قبل ان يغيب ومع هذا التلبيس الامر على القاضي
فتاخذ النفقة ثانيا ثم اذا حلفت اعطاها النفقة واخذ منها كفيلا
لجواز ان تحضر الزوج فيقيم البينة انه كان اوفاها نفقتها وهذا لان

القاضي مأمور بالنظر لكل من عجز عن النظر لنفسه ثم اذا حضر الزوج واثبت
بالبينة انه كان اوفاها نفقتها او ارسل اليها امرها القاضي برد ما اخذت
لانه ظهر اخذها بغير حق والزوج مخير في اخذ ايهما شاء من المراة و
الكفيل وانما يوخذ الكفيل هنا لان المكفول له معلوم وهو الزوج
خلافا لنا اذا قسم الميراث بين ورثته وقالوا لا نعلم له وارثا لان المكفول
له مجهول فلا يوخذ الكفيل عند ابي حنيفة لهذا **قوله** وههنا تعلق
اشارة الى النفقة **قوله** ولا يقضي بنفقة في مال الغايب الا لهولاء المذ
كورين من الزوجة والولد الصغار والوالدين والاولاد الكبار الزمني
والاناث نعم يقضي لهولاء بالنفقة في مال الغايب ولا يقضي لغيرهم من
الاقرباء كالاخ والعم وساير ذي الارحام وذلك لان نفقة هولاء تجب
قبل القضا وانما القضا للايفاء والاعانة بخلاف نفقة غيرهم فانها لا تجب
الا بالقضا لكونها مجتهدا فيها لان الشافعي لا يقول بوجوب النفقة في غير الولا
فلما كان وجوبها بالقضا والقضا على الغايب لا يجوز عندنا فلا يقضي لهم بالنفقة
في مال الغايب تحقيق ذلك ان نفقة الزوجة جارية مجرى الديون
ولهذا تجب مع الاعسار وكذلك نفقة الاولاد ولهذا المعنى فلم يتوقف وجوبها
الى القضاء واما الابوان فقد جعل مال الولد الغايب في حكم مالهما اما في الوالد
فلقوله عليه السلام انت ومالك لابيك فكان قضاء القاضي بالنفقة اعانة
واما في الوالدة فلانها مثل الوالد في وجوب النفقة عند الجميع وقد قال لها النبي
صلى الله عليه انت احق به ما لم تتزوجي فاذا كانت احق به من الوالد
للوالد ان ياخذ من ماله من النفقة مقدار كفايته او يفرض له القاضي كانت
الام اولى واما الاولاد الكبار الزمنى والاناث لعجزهم صاروا في معنى الصغار
بخلاف نفقة من سواهم فانها لا تجري مجرى الديون بل هي صلة يتاكد
خلفها بالقضاء وذلك لا يجوز على الغايب **قوله** ولو لم يعلم القاضي بذلك ولم
يكن

يكن مقرا به فاقامت البينة على الزوجية او لم تخلف مالا فاقامت البينة
ليفرض القاضي نفقتها على الغايب ويامرها بالاستدانة لا يقضي القاضي
قال شمس الايمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي عن زفر انه يسمع
منها البينة ويعطيها النفقة من مال الزوج فان لم يكن للزوج مال يامرها
بالاستدانة فان حضر الزوج واقر بالنكاح امره بقضاء الدين وان انكر
ذلك كلفها القاضي اعادة البينة فان لم تعد امرها برد ما اخذت ولم يقض لها
بشي مما استدانت على الزوج لان في قبول البينة نظرا لها ولا ضرر على الغايب
ولنا انه قضا على الغايب فلا يجوز خلافا لمال الوديعة فان لها ان تاخذ
نفقتها منه وقضا القاضي اعانة وايفاء لحاد **قوله** وعمل القضاة اليوم
على هذا انه يقضي بالنفقة على الغايب اي على قول زفر قال في الفتاوي
الصغرى والتتمة والقضاة اليوم يقبلون البينة اليوم على النكاح للفرض
ويفرضون لانه مجتهد فيه اما لان فيه خلاف زفر او لان فيه خلاف
ابي يوسف على ما ذكره الخصاف مطلقا او على قوله الاول على ما ذكره
في المختصر لحاجة الناس اليه ثم على قول من يفرض لا تحتاج المراة الى اقامة
البينة ان الزوج لم تخلف لها النفقة **قوله** وفي هذه المسلة اقاويل مرجوع
عنها فلم نذكرها منها ان القاضي اذا لم يعلم بالنكاح فاقامت البينة على
النكاح تقبل في قول ابي حنيفة الاول ومنها لو اقامت البينة على المودع
او المديون الجاحد للنكاح فانه يقضي بالنكاح والنفقة على قول ابي حنيفة
اولا ثم رجع وقال لا يقبل ومنها ان البينة على قول ابي يوسف اولا تقبل و
لكن لا يقضي بالنكاح كذا في التتمة والفتاوي الصغرى

فصل

قوله واذا طلق الرجل امراته فلها النفقة والسكنى في عدتها رجعيا كان
او باينا وهذه من مسايل القدوري اعلم ان المطلقة لها النفقة والسكنى في عدتها
عندنا سواء كان الطلاق رجعيا او باينا وهو قول سفيان ايضا وقال مالك

والشافعي والليث بن سعد لها السكنى ولا نفقة لها الا اذا كانت حاملا وقال
احمد واسحق ليس لها نفقة ولا سكنى اذا لم تملك زوجها الرجعة وهو مذهب الحسن
البصري وعطاء بن ابي رباح والشعبي كذا ذكر الترمذي في جامعه لهم ما
روى الشعبي في السنن وغيره عن فاطمة بنت قيس ان زوجها ابا عمرو بن حفص
المخزومي طلقها فلم يجعل لها النبي نفقة ولا سكنى ولمالك والشافعي
فاطمة ايضا الا ان السكنى تجب لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن
ولقوله تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم الا ان الحامل تجب لها النفقة لقوله تعالى
وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن ولنا قوله تعالى اسكنوهن
من حيث سكنتم من وجدكم وفي قراءة ابن مسعود اسكنوهن من حيث
سكنتم وانفقوا عليهن من وجدكم ولا شك ان قراءته كانت مسموعة من النبي
صلى الله عليه فيجب لها النفقة والسكنى وروى الطحاوي في شرح الاثار
باسناده الى الشعبي عن فاطمة بنت قيس ان زوجها طلقها ثلاثا فاتت
النبي صلى الله عليه فقال لا نفقة لك ولا سكنى قال فاخبرت بذلك لسنا بتاركي
اية من كتاب الله عز وجل وقول رسول الله بقول امراة لعلها وهمت سمعت
رسول الله صلى الله عليه يقول لها السكنى والنفقة وقد انكر هذا الحديث
اسامة بن زيد ايضا وهو الذي تزوج فاطمة بعد ما طلقها زوجها المخزومي
الا ترى الى ما حدث الطحاوي في شرح الاثار عن ربيع المؤذن باسناده
الى محمد بن اسامة ابن زيد قال كان اسامة اذا ذكرت من ذلك شيئا رماها
بما كان في يده وقد انكرته عايشة رضي الله عنها ايضا الا ترى الى ما ذكر
في الموطا ان يحيى بن سعيد بن العاص طلق امراته ابنة عبد الرحمن بن الحكم
البتة فانتقلها عبد الرحمن بن الحكم فارسلت عايشة الى مروان بن الحكم
وهو امير المدينة فقالت اتق الله واردد المراة الى بيتها فقال مروان او ما
بلغك شان فاطمة ابنة قيس فقالت عايشة لا يضرك الا تذكر حديث
فاطمة

فاطمة وحديث الطحاوي باسناده الى عمرو بن ميمون عن ابيه قال
قلت لسعيد ابن المسيب اين تعتد المطلقة فقال في بيتها فقلت اليس
قد امر رسول الله صلى الله عليه فاطمة بنت قيس ان تعتد في بيت ابن ام
مكتوم فقال تلك المراة فتنت الناس واستدل الطحاوي في شرح الاثار استدلالا
حسنا فقال انما احتج به عمر رضي الله عنه في دفع حديث فاطمة حجة صحيحة
وذلك ان الله عز وجل قال يا ايها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن
ثم قال لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا واجمعوا ان ذلك من المراجعة
ثم قال اسكنوهن من حيث سكنتم ثم قال لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن
يريد في العدة فكانت المراة اذا طلقها زوجها اثنتين للسنة على ما امره الله
عز وجل به ثم راجعها ثم طلقها الثالثة للسنة حرمت عليه ووجبت عليها
العدة التي جعل الله عز وجل لها فيه السكنى وامرها فيها ان لا تخرج وامر
الزوج ان لا يخرجها ولم يفرق الله تعالى بين هذه المطلقة للسنة التي
لا رجعة عليها وبين المطلقة للسنة التي عليها الرجعة فثبت بهذا صحة
انكار عمر على فاطمة وان قولها يوجب خلاف القران لان القران جعل للمطلقة
التي لا رجعة عليها النفقة والسكنى وهذا استدلال حسن من قوله تعالى
وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ونحن نقول
وجوب النفقة اذا كانت حاملا لا تخلو من احد الامرين اما ان كان لاجل
العدة او لاجل الولد فلا يجب لاجل الولد فتعين ان يكون لاجل العدة ولهذا
اذا كان للحمل غنيا بان ورث من اخيه من امه او اوصي له بالمال يجب على الزوج
نفقة المطلقة الحامل فلو كان لاجل الولد لم تجب لان نفقة الولد على الاب
لا تجب اذا كان الولد غنيا الا ترى انه اذا انفق على الولد ولم يعلم بانه غني
ثم تبين انه غني يرجع عليه وهنا لا يرجع عليه وان كان بحكم الحاكم
فعلم ان النفقة كانت لاجل العدة وفي هذا المعنى الحائل والحامل سواء فان

قلت اذا كان كذلك فما فائدة التقييد بالحمل في الآية قلت ان الحائل
تستحق النفقة بقدر عدتها ثلاثة اقراء فوقع الاشكال ان الحامل تستحق
النفقة في مقدار مدة الزمان او اكثر فازال ذلك الاشكال بقوله حتى يضعن
حملهن يعني انها تستحق النفقة وان طالت مدة الحمل فان قلت
انقطعت الزوجية في المبتوتة فلا تجب لها النفقة كالمتوفى عنها زوجها
قلت لا نسلم ان القياس صحيح لان المتوفى عنها زوجها لا تجب لها
النفقة سواء كانت حاملا او حائلا والمبتوتة تجب لها النفقة اذا كانت حاملا
فكذا اذا كانت حائلا ولان النفقة جزاء الاحتباس وهي محبوسة عن ساير الازواج
في بيت زوجها ما دامت في عدتها فيجب لها النفقة كما في الرجعي قوله
على ما ذكرنا وفي بعض النسخ على ما بينا اي في اول باب النفقة قوله لهذا
كان لها السكنى بالاجماع اي للمبتوتة وفي دعوى الاجماع نظر لان السكنى
لا تجب على مذهب الحسن البصري وعطاء بن رباح والشعبي على ما ذكرنا في اول
الفصل ثم المعتدة كما تستحق النفقة تستحق الكسوة ايضا كذا في الفتاوى
الصغرى قوله لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا والمراد من الكتاب قوله
تعالى اسكنوهن من حيث سكنتم وبه صرح الطحاوي في شرح الآثار والمراد
من السنة ما ذكر في شرح الآثار عن عمر رضي الله عنه انه قال سمعت رسول
الله صلى الله عليه يقول لها السكنى والنفقة وقال فخر الاسلام البزدوي في اصول
الفقه في باب بيان شرايط الراوي قال عيسى بن ابان اراد بالكتاب
والسنة القياس وفيه نظر عندي لان حديث فاطمة مخالف للكتاب
والسنة كما ترى فلا حاجة الى ان يأول الكتاب والسنة بالقياس في
قول عمر ثم المعتدة اذا لم تلزم بيت العدة لكنها تخرج زمانا وتسكن زمانا
كانت ناشزة لا تستحق النفقة كذا في الفتاوى الصغرى قوله ولا نفقة
للمتوفى عنها زوجها وهذه من مسائل القدوري اعلم ان المتوفى عنها زوجها لا نفقة
لها

لها في تركة الزوج وانما ينفق عليها من حصتها من الميراث سواء كانت حاملا
او غير حامل وذلك لان احتباسها في عدتها ليس لحق الزوج بل لحق
الشرع فلا يكون نفقتها في تركته الا ترى انه يعتبر التعرف عن براءة
الرحم لا تشترط في عدتها ولهذا لا يؤمر بالاستبراء بالحيض ولان ملك
الزوج انتقل بالموت الى الورثة والنفقة تجب شيئا فشيئا فلم يجز ايجابها
في ملك الغير قال الطحاوي في مختصره ولا سكنى للمتوفى عنها زوجها ولا
نفقة في مال الزوج حاملا كانت او غير حامل قال ابو بكر الرازي
قد كانت نفقتها واجبة في مال الميت بقوله وصية لازواجهم متاعا
الى الحول غير اخراج فنسخت هذه النفقة بالميراث بقوله يتربصن
بانفسهن فاوجب نفقتها على نفسها وقطعها من مال الزوج وذكر في باب
العدة من شرح الكافي ايضا ان المتوفى عنها زوجها لا تستوجب السكنى و
النفقة وقال ابو بكر الرازي اختلف الناس في نفقة المتوفى عنها زوجها
اذا كانت حاملا فقال ابن مسعود وابن عمر وشريح وابو العالية وابراهيم
والشعبي نفقتها من جميع الميراث وقال ابن عباس وابن الزبير وجابر
والحسن وعطاء وسعيد بن المسيب لا نفقة لها في مال الزوج بل نفقتها
على نفسها وهذا هو الاصح لان النفقة لو وجبت لا تخلو اما ان تعلق
وجوبها بالحمل لاجل العدة او لاجل الولد فان كان لاجل الولد فالواجب
ان يكون في نصيب الولد ولا يكون في جميع الميراث كما يجب بعد الوضع
وان كانت واجبة لاجل العدة فالواجب ان يستحقها وان لم يكن حاملا لوجوب
العدة فلما صح ذلك صح قولنا قوله وكل فرقة جاءت من قبل المرأة بمعصية
مثل الردة وتقبيل ابن الزوج فلا نفقة لها وهذه من مسائل القدوري و
ذلك لانها منعت نفسها من زوجها بمعصية فسقطت نفقتها في
كالناشزة وانما قيد بالنفقة احترازا عن السكنى لان السكنى واجب

لها لان القرار في البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها فاما النفقة
واجبة لها فتسقط بمجيء الفرقة من قبلها بمعصية كذا ذكر شمس الائمة
السرخسي في شرح الكافي قال في خلاصة الفتاوى والاصل ان الفرقة متى
كانت من جهة الزوج فلها النفقة وان كانت من جهة المرأة ان كانت بحق
فلها النفقة وان كانت بمعصية فلا نفقة لها وان كانت بمعنى من جهة غيرها
فلها النفقة فللملاعنة النفقة والسكنى والبائنة بالخلع والايلاء وردة الزوج
ومجامعة الزوج امها تستحق النفقة وكذا امرأة العنين اذا اختارت
الفرقة وكذا ام الولد والمدبرة اذا اعتقتا وهما عند زوج قد بوّأ لهما المولى
بيتا واختارتا الفرقة وكذا الصغيرة اذا ادركت واختارت نفسها وكذا
الفرقة بعدم الكفاءة بعد الدخول اما المرأة اذا ارتدت او طاوعت
ابن الزوج فلا نفقة لها وان جامعها ابن الزوج مكرهة فلها النفقة قال
الخصاف في ادب القاضي والمختلعة والمبارئة لهما السكنى والنفقة فان اختلعت
منه على ان ابرأته من ذلك فالبراءة من النفقة جائزة واما السكنى فهو واجبة لها
لان خروجها من بيتها قبل ان تنقضي عدتها معصية **قوله** وان طلقها ثلاثا
ثم ارتدت سقطت نفقتها وان مكنت ابن زوجها من نفسها فلها النفقة
قال صاحب الهداية معناه ان مكنت بعد الطلاق اي يعني قول
القدوري في ذلك لانها اذا مكنت قبل الطلاق فلا نفقة لها لحصول الفرقة
من جهتها بمعصية وقال زفر لا نفقة لها اذا مكنت ابن زوجها في عدتها
كما اذا مكنت في حال قيام النكاح لان النفقة تجب شيئا فشيئا فاذا
مكنت حال قيام النكاح لا تجب فكذا هنا وخلافه ذكره في شرح الكافي
ولنا ان الفرقة بينهما حصلت قبل وجود التمكين فلم يؤثر فعلها
في اسقاط العدة فوجب النفقة بخلاف ما اذا كان التمكين حال قيام النكاح
فان الفرقة تقع بمعصية من جهتها فلا تستحق النفقة وبخلاف ما اذا
ارتدت

ارتدت المعتقة فانها تحبس لحق الشرع حتى تسلم والمحبوسة بحق
عليها لا تستحق النفقة على زوجها حتى قال في الملتقط تحبس ثم تجب لها النفقة
فان اسلمت ورجعت الى بيته كانت لها النفقة لزوال العارض وهو
الحبس بخلاف ما اذا ارتدت حال قيام النكاح ثم اسلمت حيث
لا نفقة لها اصلا لان النفقة سقطت لعين الردة لا للحبس **قوله**
فلهذا يقع الفرق اي بين المعتدة اذا مكنت ابن زوجها حيث يكون
لها النفقة وبين المعتدة اذا ارتدت حيث لا يكون لها النفقة والله اعلم

فصل

قوله ونفقة الاولاد الصغار على
الاب لا يشاركه فيها احد هذه من مسائل القدوري وذلك لقوله تعالى
فان ارضعن لكم فآتوهن اجورهن وجه الاستدلال بالاية ان النفقة
بعد الفطام مثل مؤونة الرضاع قبل الفطام من حيث ان الصغير يحتاج
الى النفقة كما انه يحتاج الى الرضاع ثم مؤونة الرضاع لا يشارك الاب
فيها احد مع ان الام تساويه في الدرجة الى الصغير فكذا النفقة فاذا لم تشارك
الام فالابعد اولى ولقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن اي على الذي
يولد له وهو الاب ورزق الوالدات وكسوتهن وله مرفوع على الفاعلية
بيانه ان رزق الوالدات لما وجب على الاب بسبب الولد وجب رزق
الولد عليه بالطريق الاولى وهذا لان اللفظ المشتق اذا ترتب عليه الحكم يكون
المعنى المشتق منه مناطا للحكم المذكور كما في قوله والسارق
والسارقة وقوله تعالى الزانية والزاني ولان الولد جزء من الاب
فكان نفقته عليه كنفقته على نفسه قال الطحاوي في مختصره ويجبر
الرجل على نفقة اولاده الصغار اذا كانوا فقراء ذكورا كانوا او اناثا وان
كانوا كبارا محتاجين اجبر على نفقة الاناث منهم ولم يجبر على نفقة الذكور
منهم وان كان من ذكورهم من به زمانة كالعمى او كالشلل في اليدين وما اشبه

ذلك فانه يجبر على نفقته [illegible] يجبر بخيرهم على النفقة
عليهم اذا كانوا [illegible] الفقر خاصة وفي كتاب
كتابهم الفقر والزمانة وفي اناث [illegible] الفقر دون الزمانة الى هنا
لفظ الطحاوي **قوله** وان كان الصغير رضيعا فليس على امه ان ترضعه
وهذا لفظ القدوري وهذا لان كفاية الصغار على الاب فكما لا تشاركه الام
الاب في النفقة بعد الفطام فكذلك لا تشاركه في مؤنة الرضاع قبل
الفطام فلا تجب عليها الارضاع ثم اختلفوا في معنى والوالدات يرضعن
اولادهن قيل انه مجرد خبر من غير الزام الارضاع وقيل انه خبر في معنى
الامر كقوله تعالى والمطلقات يتربصن والاصح انه خبر بمعنى الامر على وجه
الندب او على وجه الوجوب اذا لم يقبل الا ثدي امه بدليل سياق الاية وهو قوله
تعالى لا تضار والدة بولدها اي بالزام الارضاع ولا مولود له بولده بان تطرح الام
الولد الى الاب اذا لم يقبل الصبي الا ثدي امه والحاصل انه نهى عن ان يلحقها
الضرار من قبل الزوج وعن ان يلحق الضرار بالزوج من قبل المراة بسبب الولد و
الباقي يعرف في الكشاف قال شمس الائمة السرخسي رحمه في شرح كتاب النفقات
ثم اذا لم تجب نفقة الرضاع كان لها ان تمتنع عن الارضاع ولا تجبر على ذلك و
اذا لم تجبر كان على الاب ان يشتري امراة ترضعه عند الام ولا تنزع الولد من
الام لان الامة اجتمعت على ان الحجر لها لكن لا يجب عليها ان تمكث في بيت الام
اذا لم يشترط عليها ذلك عند العقد وكان الولد يستغني عنها في تلك
الساعة بل لها ان ترضع ثم تعود الى منزلها وان لم يشترط ان ترضع
عند الام كان لها ان تحمل الصبي الى منزلها او تقول اخرجوه فترضعه
عند فناء الدار ثم يدخل الولد الى الام الا ان يكون اشترط عند العقد
ان يكون الظئر عند الام فحينئذ تلزمها الوفا بالشرط قال في العدة ولا
يواخذ الاب باجرة الرضاع لاكثر من سنتين بالاجماع **قوله** وهذا
الذي

الذي ذكره بيان [illegible] قوله وان كان الصغير رضيعا
فليس على امه ان ترضعه [illegible] والقضاء اما من حيث الدين
فيجب عليها ان ترضع وهذا [illegible] لما ان تاخذ الاجر بالارضاع
لان [illegible] الاجرة باداء ما يجب عليها من حيث الدين لا يجوز به صرح
في شرح كتاب النفقات وظن بعض الشارحين ان المراد
بقوله بيان الحكم هو جواب ظاهر الرواية ثم قال وروى الحسن
عن ابي حنيفة ان النفقة على الاب والام اثلاثا بحسب ميراثهما من
الولد وتلك الرواية صحيحة ولكن الشرح من الشرح كالقصب من
النون **قوله** وذلك اذا كان توجد من ترضعه اشارة الى قوله وهذا
الذي ذكره والمراد من الذي ذكره عدم وجوب الارضاع على الام يعني
ان عدم وجوب الارضاع على الام اذا كان توجد من ترضعه اخرى
اما اذا كان لا توجد فحينئذ تجب الارضاع على الام لئلا يضيع الصغير وقال
في تتمة الفتاوى اذا ابت الام ان ترضع وهي منكوحة او مبانة ذكر
شمس الائمة الحلواني في شرح ادب القاضي للخصاف انها لا تجبر على ذلك
سواء كان الولد ياخذ من لبن غيرها او لا ياخذ في ظاهر الرواية وعن ابي
يوسف رحمه الله انها تجبر اذا لم ياخذ من لبن غيرها وكان صاحب الهداية
مال الى رواية ابي يوسف رحمه الله ونقل صاحب التتمة عن اجارات
العيون عن محمد رحمه الله فيمن استاجر ظئرا للصبي شهرا فلما انقضى الشهر
ابت ان ترضعه **قوله** عن الضياع وهو بفتح الضاد مصدر ضاع
يضيع خلاف الضياع بكسر الضاد فانها جمع ضيعة بمعنى العقار **قوله**
قال ويستاجر الاب من ترضعه عندها اي عند الام يعني قال القدوري لما لم
يجب ارضاع الصغير على الام وجب على الاب ان يستاجر امراة ترضعه
عند الام اما وجوب الاستيجار عليه فلان مؤنة الرضاع عليه وانما

ترضعها عند الام اذا ارادت الام ذلك لانه من الحضانة لما قال تعالى لا تضار
والدة بولدها فاذا ارادت ان يكون الولد عندها ومع هذا نزع الولد
عنها يلزم الضرر عليها فلا يجوز قوله لان الحضانة لها قوله
وان استاجرها وهي زوجته او معتدته لترضع ولدها لم يجز يعني ان استاجر
ام الصغير لارضاعه حال قيام النكاح او في العدة لا يجوز لان الارضاع واجب
عليها ديانة لقوله تعالى والوالدات يرضعن وانما سقط الوجوب حكما
لعجزها فلما اقدمت على الارضاع بالاجرة دل على قدرتها فلم يجز اخذ الاجرة
ولان اجرة الرضاع لحفظ الصغير ومنفعة الحفظ تعود الى الزوجين جميعا
فلا يجوز لها اخذ الاجرة لمنفعة تحصل لها ولهذا قالوا يجوز استيجار المراة
على ارضاع ابنه من غيرها لان المنفعة لا تحصل لها ثم المعتدة عن طلاق
رجعي لا يجوز استيجارها بالارضاع ولدها رواية واحدة وكذا في المعتدة
المبتوتة في رواية لانها تستحق النفقة والسكنى كالزوجة وفي رواية يجوز
استيجارها لان النكاح قد انقطع فصارت كالاجنبية اما اذا استاجرها
بعد انقضاء العدة جاز لانقطاع النكاح بالكلية حيث لم يبق اثر من
اثار النكاح فصارت كساير الاجانب قوله وان قال الاب لا استاجرها
وجاء بغيرها فرضيت الام بمثل اجر الاجنبية او رضيت بغير اجر كانت
هي احق على ان استيجار الام اذا كانت معتدة عن طلاق بائن جائز
على احدى الروايتين وبعد انقضاء العدة جائز رواية واحدة ثم على
تقدير الجواز اذا قال الاب لا استاجر الام الصغير وجاء بمرضعة اخرى ترضع
الام بمثل اجرها او قالت الام انا ارضعه بغير اجر فالام احق لانها اشفق على
الصغير وارفق ولبنها اوفق فكان النظر للصغير في الدفع الى الام اما
اذا ارادت الام الزيادة على اجرة الاجنبية لا يجبر الاب على ذلك لقوله تعالى
لا تضار والدة بولدها ولا مولود له اي بالزام الاكثر من اجرة الاجنبية بل يدفع
الصغير الى

الصغير الى الظئر ترضعه عند الام لان الحضانة لها قوله ونفقة الصغير
واجبة على ابيه وان خالفه في دينه وهذه مسئلة القدوري وهذا اذا
اسلم الصغير العاقل وابوه كافر او ارتد والعياذ بالله وابوه مسلم
لان اسلامه وارتداده صحيح عندنا او اعتبر الصغير مسلما باسلام امه
وانما وجبت نفقة الصغير على الاب مع المخالفة في الدين لانه جزؤه
وكفره لا يؤثر في نفقته فكذا كفره لا في ايجاب النفقة عليه ولان
نفقة الاولاد الصغار جارية مجرى نفقة الزوجات بدليل قوله عليه
السلام خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف ونفقة
الزوجة على الزوج تجب وان خالفته في دينه فكذا هنا وانما وجبت
نفقة الزوجة مع المخالفة في الدين لان نفقتها تجب بحكم العقد الصحيح
لانه جزاء الاحتباس الحاصل بالعقد وما كان ثبوته بحكم العقد لا يؤثر فيه
اختلاف الاديان كالمهر وعقد النكاح صحيح بين المسلم والكتابية لقوله تعالى
والمحصنات من الذين اوتوا الكتاب اي العفايف عن فعل الزنا وقد مر
في كتاب النكاح قوله وفي جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم
يكن للصغير مال اما اذا كان فالاصل ان نفقة الانسان في مال نفسه صغيرا كان
او كبيرا وذلك لان احد الموسرين ليس في ايجاب النفقة على صاحبه باولى
من ايجاب نفقة صاحبه عليه ثم الصغير اذا كانت له دور وعقار او ما اشبه
ذلك بان ماتت امه فورثها او ملكها بسبب اخر لا يجب نفقته على ابيه بل
يبيع الاب ذلك في نفقته عليه والفرق بين نفقة الصغير والزوجة حيث
لا تجب نفقة الصغير على الاب اذا كان الصغير غنيا باي مال كان وتجب نفقة
الزوجة على الزوج وان كانت غنية ان نفقة الصغير واجبة للحاجة
فاذا انعدمت الحاجة فلا تجب كنفقة المحارم ونفقة الزوجة باذاء
التمكين من الاستمتاع فكان طريقه البدل والمعادلة والبدل تجب وان

قوله وعلى الرجل ان ينفق [illegible] وان وجد الى
على ابويه واجداده وجداته اذا كانوا فقراء وان خالفوه في دينه وهذه من
مسائل القدوري اما الابوان فلانه يجب نفقتهما مع اختلاف الدين لقوله
تعالى وان جاهداك على ان تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما
في الدنيا معروفا قال المفسرون نزلت الاية في سعد بن ابي وقاص وذلك انه لما
اسلم قالت له امه جميلة يا سعد بلغني انك صبوت فوالله لا يظلني سقف
بيت من الضح والريح ولا آكل ولا اشرب حتى تكفر بمحمد وترجع الى ما كنت عليه
وكان احب ولدها اليها فابى سعد وصبرت هي ثلاثة ايام لم تاكل ولم
تشرب ولم تستظل حتى غشي عليها فاتى سعد النبي صلى الله عليه وشكا ذلك اليه
فانزل الله هذه الاية والضح الشمس معروفا اي حسنا خلق جميل وحلم واحتمال
وبر وصلة وما يقتضيه الكرم والمروة وليس من المعروف ان يكون الولد في
نعمة وابواه في جوع وعري فلا جرم وجب نفقتهما عليه واستدل شمس الائمة
السرخسي في شرح الكافي بقوله تعالى ولا تقل لهما اف وقال نهى عن التافيف
لمعنى الاذى ومعنى الاذى في منع النفقة عند حاجتهما اكثر ولهذا يلزمه نفقتهما
وان كانا قادرين على الكسب لان معنى الاذى في الكد والتعب اكثر منه في
التافيف وقال عليه السلام ان اطيب ما ياكل الرجل من كسبه وان ولده من كسبه
فكلوا من كسب اولادكم واما الاجداد والجدات فلان اسم الاباء والامهات
ينطلق عليهم على وجه المجاز الا ترى ان الجد كالاب في الميراث عند
عدمه ولانهم كانوا اسبابا لاحياء الولد كالابوين فاستحقوا على النافلة
الاحياء كالابوين قوله وشرط الفقر اي شرط القدوري الفقر في قوله
اذا كانوا فقراء لانهم اذا كانوا اغنياء كانت نفقتهم في مالهم قوله لما تلونا
اراد به قوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا قوله قال ولا تجب النفقة
مع اختلاف الدين الا للزوجة والابوين والاجداد والجدات والولد وولد
الولد

الولد قال الشيخ رحمه الله اما نفقة الزوجة فلانها مقابلة [illegible]
وذلك ثابت في الذمية لانها تجب للغني والفقير لوجود الاحتباس فتحصل الاحتباس
لعدم منافاة الكفر فيجب النفقة واما في الولاد في الولد فالقياس ان
لا يثبت استحقاق النفقة مع اختلاف الدين لان استحقاقها بطريق
الصلة كنفقة الاقارب ولكنه استحسن في الابوين الذميين لقوله تعالى
وصاحبهما في الدنيا معروفا والولد في معنى نفسه لانه جزؤه وكفر نفسه
لا يمنع وجوب نفقته عليه فلذا كفر ولده وكذا حكم اولاد البنين
والبنات في الاجداد والجدات من قبل الاب والام بمنزلة الابوين لان الولاد
يشملهم جميعا بخلاف الحربي حيث لا تجب نفقته على ولده المسلم ولا على
ابيه وامه وجده وجدته اذا كانوا مسلمين ولا تجب نفقتهم ايضا عليه اما نفقته
فانما لم تجب على المسلم لورود النهي عن البر والصلة في حقه قال تعالى
لا ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم وظاهروا
على اخراجكم ان تولوهم ومن يتولهم فاولئك هم الظالمون واما نفقة
المسلم عليه فانما لم تجب لان الحربي لم يلتزم احكامنا وان كان مستامنا
الا اذا قبل الذمة قوله ولا تجب على النصراني نفقة اخيه المسلم
وكذا لا تجب على المسلم نفقة النصراني وهذا تفريع لقوله ولا تجب النفقة
مع اختلاف الدين بيانه ان النفقة في غير الزوجة وغير صور الولاد
مترتبة على الارث لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ولا ارث بين المسلم والذمي
فلا يجب نفقة احدهما على الاخر بخلاف ما اذا ملك احدهما الاخر حيث
يعتق عليه لان العتق مترتب على ملك القريب المحرم وقد وجد فيعتق
قال عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه قوله ولان
القرابة موجبة للصلة ومع الاتفاق في الدين آكد ودوام ملك اليمين اعلى في
القطيعة من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى اصل العلة وفي الادنى العلة

نظرا

المؤكدة فلهذا افترقا يعني ان ايجاب الصلة بين القريبين مع الاتحاد في الدين
الدين ايجاب الصلة مع الاختلاف في الدين ثم معنى قطع الرحم في بقاء ملك
اليمين اعلى والكثير قطع الرحم الحاصل من حرمان النفقة فاعتبرنا في الاعلى وهو
ملك اليمين اصل العلة نفس ملك القريب لقوة معنى قطع الرحم حتى عتق
القريب المملوك سواء وجد الاتحاد في الملة او لم يوجد واعتبرنا في الادنى وهو
النفقة العلة المؤكدة وهي القرابة مع الاتحاد في الملة لكون حرمان النفقة
اضعف في قطع الرحم حتى قلنا بوجوب نفقة القريب اذا وجد الاتحاد في
الملة والا فلا فلهذا افترقا اي العتق ووجوب النفقة فافهم **قوله** ولا يشارك
الولد في نفقة ابويه احد وهذا لفظ القدوري رحمه الله اذا كان الابوان معسرين
والولد موسر يجب نفقتهما عليه خاصة لان لهما تاويلا في مال الولد بدليل
اضافته اليهما قال عليه السلام انت ومالك لابيك رواه جابر عن رسول الله
صلى الله عليه في شرح الاثار في باب الوالد هل يملك مال ولده ام لا فكان ماله كمالهما فصارا
في حكم الغني بمال الولد فلم تجز ايجاب نفقتهما على غيره **قوله** وهو على الذكور
والاناث بالسوية في ظاهر الرواية وهو الصحيح اي نفقة الابوين على الاولاد على السواء — نفقة
حتى اذا كان الاب معسرا وله ابن وبنت موسران يجب نفقة الاب عليهما
انصافا لان سبب الوجوب الولادة وقد استوى الذكر والانثى في هذا المعنى بخلاف
ما اذا كان للمعسر اخ واخت حيث يجب نفقته عليهما اثلاثا لان سبب
الوجوب الارث فيجب اثلاثا كالارث وانما قيد بقوله هو الصحيح احترازا
عما ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي عن الحسن عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة ان النفقة بين الذكور والاناث للذكر مثل حظ الانثيين
على قياس الميراث وعلى قياس نفقة ذوي الارحام **قوله** والنفقة لكل
ذي رحم محرم اذا كان صغيرا فقيرا او كانت امراة بالغة فقيرة او كان ذكرا
فقيرا زمنا او اعمى وهذا من مسائل القدوري اي النفقة واجبة للقريب اذا
كان

كان لا تجوز مناكحته على سبيل التابيد وانما قيد بذي الرحم المحرم لانه
اذا وجد الرحم ولم يوجد المحرم او وجد المحرم ولم يوجد الرحم او وجدا
لكن لا من قرابة لا تجب النفقة الا ترى الى ما ذكر الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي بقوله ولو كان رحما غير محرم نحو ابن العم او محرما غير
رحم نحو الاخ من الرضاع او الاخت من الرضاع او رحما محرما لا من قرابة نحو
ابن عم هو اخ من الرضاع لا تجب النفقة وذلك لان القرابة القريبة موجبة
للصلة دون البعيدة فاذا وجد ذو الرحم المحرم من القرابة تكون القرابة
قريبة والا فلا ثم لما وجبت النفقة لكل ذي رحم محرم قلنا لا بد من الفقر و
العجز عن الكسب اما اعتبار الفقر فلانه اذا كان غنيا تكون نفقته في ماله
لا في مال غيره واما اعتبار العجز فلانه لو كان قادرا على الكسب يكون غنيا
بكسبه كما يكون غنيا بماله والصغير الفقير عاجز عن الكسب وكذلك المراة و
الذكر الزمن والاعمى والمفقوء العينين واشل اليدين ومقطوع الرجلين والمعتوه
والمفلوج كلهم عاجزون عن الكسب فوجب صلة ارحامهم بكفاية نفقا
تهم بخلاف الابوين والجد والجدة عندنا عليهما حيث لا يشترط لايجاب النفقة
عجزهم عن الكسب بل الفقر فيهم كاف وذلك لان تعييرهم بالكسب يلزم ضرر
مشقة الاكتساب عليهم مع غناء الولد وهو منهي عن ضررهم وهذا كله
مذهبنا وعند الشافعي لا تجب النفقة في غير الولاد لعدم البعضية **ولنا**
قوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك وفي قراءة ابن مسعود رضي الله عنه وعلى الوارث
ذي الرحم المحرم ولا شك ان قراءته كانت مسموعة من رسول الله صلى الله
عليه فلهذا شرطنا ذا الرحم المحرم **قوله** قال ويجب ذلك على مقدار الميراث
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه يجب نفقة البنت البالغة والابن
الزمن على ابويه اثلاثا على الاب الثلثان وعلى الام الثلث وهذا ليس بظاهر الرواية
وهو رواية الحسن عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وهو رواية الخصاف ايضا

قال الخصاف في ادب القاضي الولد الذكر اذا كانت به زمانة وقد بلغ فنفقته على
ابويه على الام الثلث وعلى الاب الثلثان ووجهه ان استحقاق النفقة بالارث
لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فيجب النفقة على الابوين بقدر ميراثهما من
الولد اثلاثا في ظاهر الرواية مثل النفقة على الابن في الولد الصغير قال
محمد في الاصل نفقة الكبير على الاب اذا كان زمنا وذلك كقوله تعالى وعلى المولود له
رزقهن فكما لا يشارك الاب احد في مؤنة الرضاع لا يشاركه ايضا في النفقة
هذا اذا كان الاب موسرا اما اذا كان الاب معسرا والام موسرة تؤمر الام
بالانفاق على الولد ويكون ذلك دينا على الاب وكذلك اذا كان الاب معسرا وعم
الولد موسرا تؤمر العم بالانفاق ويكون ذلك دينا على الاب وبه صرح شمس الائمة
السرخسي في شرح الكافي **قوله** وجه الفرق على الرواية الاولى اي وجه الفرق
بين الولد الصغير والكبير على غير ظاهر الرواية ان الولد له ولاية على ولده الصغير
ومؤنته عليه ولهذا تجب فطرته على الاب بخلاف الولد الكبير لانه لا ولاية
له عليه ولهذا لم يشارك الاب في نفقة ولده الصغير وشاركته الام في نفقة الكبير
فوجب الثلثان على الاب والثلث على الام **قوله** وفي غير الولد تعتبر قدر الميراث
بغير رواية واحدة حتى يجب نفقة الصغير الفقير على الام والجد اب الاب اثلاثا
على الام الثلث وعلى الجد الثلثان قال في شرح الطحاوي وكذلك اذا كان له ام واخ
لاب وام او ابن اخ لاب وام او عم لاب وام او احد من العصبة فان النفقة عليهم
اثلاثا وكذلك اذا كان له اخ واخت لاب وام فالنفقة عليهما اثلاثا على قدر ميراثهما
ولو كان له اخ لاب وام واخ لام فالنفقة بينهما اسداسا ولو كان له عم لاب
وام وعمة لاب وام فالنفقة على العم دون العمة وكذلك لو كان عم الاب وام
وخالا لاب وام فالنفقة على العم ولو كانت له عمة لاب وام وخال لاب وام
فالنفقة عليهما اثلاثا ثلثاها على العمة وثلثها على الخال وكذلك لو كان له خال
وخالة من قبل الاب والام فالنفقة عليهما اثلاثا ولو كان له خال من
قبل

قبل الاب والام وابن عم لاب وام فالنفقة على الخال والميراث لابن العم لان
شرط وجوب النفقة ان يكون ذو الرحم المحرم من اهل الميراث وابن العم
ليس بمحرم **قوله** ونفقة الفقير على الاخوات المتفرقات الموسرات
اخماسا يعني تجب ثلاثة الاخماس على الاخت لاب وام والخمس على الاخت
لاب والخمس على الاخت لام وذلك لان النفقة معتبرة بالارث
فانهن يرثنه كذلك اخماسا بالفرض والرد فوجبت النفقة ايضا
اخماسا **قوله** ولا يجب نفقتهم مع اختلاف الدين وهذا لفظ القدوري
اي لا تجب نفقة ذوي الرحم المحارم مع الاختلاف في الدين لان
بالاختلاف في الدين لا تجري الارث فلا تجب النفقة ايضا لانها متعلقة
بالارث بالنص ولان نفقتهم باعتبار الصلة ولا يجب صلتهم مع الاختلاف
في الدين الا ترى ان المسلم يبتدئ بقتل اخيه الحربي ولا يبتدئ بقتل ابيه الحربي
الا انه لا تجب نفقة الحربي ايضا على المسلم لانا نهينا عن برهم **قوله**
ولا تجب على الفقير اي لا تجب النفقة على الفقير لانه يستحق النفقة فليس
ايجابها عليه اولى من ايجابها له فلهذا لم تجب عليه بخلاف نفقة الزوجة حيث
تجب على زوجها المعسر لانها تجري مجرى الديون بدلالة وجوبها مع يسار
المراة كسائر الديون وبخلاف نفقة الولد الصغير حيث تجب على والده المعسر
لانها جارية مجرى نفقة الزوجة بدلالة قوله عليه السلام خذي من مال ابي
سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف وقال الطحاوي في مختصره ولا تجبر فقير
على نفقة احد الا الاب على ولده الصغار والزوج على زوجته والرجل على امه
الفقيرة اما نفقة الصغير والزوجة فقد مر بيانهما واما نفقة الام فانما
لزمته في حال الفقر لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا ولم يفرق بين حال
الفقر والغنى فاذا امكنه سد جوعتها لزمه ذلك واما الابن فانه لا يجبر في حال
الفقر على نفقة ابيه اذا كان سليما لا زمانة به لانه يمكنه السعي للكسب والنفقة

على نفسه كما ينبغي الابن الكبير والام ليست كذلك اذ ليس لها نهوض للكسب
فان كان الاب زمنا لا يقدر على الكسب اجبر الابن على ان يدخله في نفقته و
كسبه كما قلنا في الام كذا ذكر ابو بكر الرازي في شرحه قال في شرح الكافي
فان كان الولد معسرا والابوان معسران فليس عليه نفقتهما لانهما لما استويا في الحال
لم يكن احدهما بايجاب نفقته على صاحبه باولى من الاخر الا انه روى
عن ابي يوسف انه قال اذا كان الاب زمنا وكسب الابن لا يفضل عن نفقته فعليه
ان يضم الاب الى نفسه لانه لو لم يفعل ضاع الاب ولو فعل لا يخشى الهلاك
على الولد فالانسان لا يهلك على نصف بطنه **قوله** ثم اليسار مقدر
بالنصاب فيما روي عن ابي يوسف اعلم ان نفقة الاقارب تجب
بطريق الصلة على الموسر دون المعسر لكن في تقدير اليسار اختلاف
قال صاحب التحفة ذكر ابن سماعة عن ابي يوسف رحمه الله انه اعتبر
نصاب الزكوة وروى هشام عن محمد اذا كان له فضل على نفقة شهر له ولعياله
فانه تجب عليه نفقة ذوي الرحم المحرم والا فلا وروي عن محمد ان من
لا شي في يده من المال وهو مكتسب كل يوم درهما فيكفيه له اربعة دوانق
فانه يرفع لنفسه ولعياله ما يتسع فيه وينفق فضله على من يجبر على نفقته
ثم قال في التحفة وقول محمد ارفق وقال شمس الائمة السرخسي رحمه
الله في شرح الكافي الى قول محمد وقال روى هشام عن محمد رحمه الله
اذا كان كسبه في كل يوم درهما ويكفيه لنفقته ونفقة عياله اربعة
دوانق فانه يصرف الفضل الى اقاربه لان الاستحقاق باعتبار الحاجة
يعتبر في جانب المودي تيسير الادا وتيسير الادا موجود اذا كان كسبه
يفضل عن نفقته وقال الحلواني في فتاواه الى ما ذكر عن ابي يوسف
لانه قال ولا يجبر الرجل على نفقة ذي الرحم المحرم وكان له كفاف وفضل
عن قوته حتى تكون له مائتا دراهم فصاعدا لان نفقة ذي الرحم المحرم تجب
على الموسر

على الموسر ونهاية اليسار لا حد لها وبداية اليسار لها حد وهو النصاب
فيقدر اليسار بالنصاب ونقل في خلاصة الفتاوى عن الاجناس
قال في نوادر ابي يوسف يشترط نصاب الزكوة ثم قال في الخلاصة
هكذا اختار الصدر الشهيد في الفتاوى الصغرى ان اشتغل منه درهم لا يجب
ثم قال في الخلاصة قال وبه يفتى وقدر صاحب الهداية ايضا
اليسار بالنصاب لكن فسر النصاب بنصاب حرمان الصدقة وهو
ان يملك ما يساوي مائتي درهم فاضلا عن مسكنه وثيابه واثاثه
وفرسه وسلاحه وعبيده ووجهه ان صدقة الفطر فيها معنى العبادة
ومعنى المونة وهي متعلقة بهذا النصاب ونفقة الاقارب مونة من
كل وجه فلان تتعلق بهذا النصاب اولى **قوله** واذا كان للابن
الغايب مال قضي فيه بنفقة ابويه وقد بينا الوجه فيه اي بينا الوجه
المسئلة في القضا بالنفقة في مال الغايب عند قوله ولا يقضي بنفقة في مال
الغايب الا لهؤلاء والوجه ان نفقة هؤلاء واجبة قبل القضا لكونها
متفقا عليها فكان قضا القاضي اعانة لهم والباقي ينظر في تلك المسئلة **قوله**
واذا باع ابوه متاعه في نفقته جاز عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذه
مسئلة القدوري اعلم ان الاب اذا باع مال ابنه الغايب من المنقولات
بقدر ما يحتاج اليه من النفقة جاز ولا يجوز له ان يبيع الزيادة على
ذلك عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقال صاحباه لا يجوز ذلك واجمعوا انه
لا يبيع العقار الا اذا كان الولد صغيرا فيبيع ذلك واجمعوا ان الام لا يبيع مال
ولده الصغير والكبير كذا في شرح الطحاوي وقول ابي حنيفة استحسان و
قولهما قياس كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي لهما ان ولاية الاب
انقطعت ببلوغ الولد عن عقل فلم تجز بيعه بعد ذلك كبيع غيره من الاقارب
ولهذا ليس له ان يبيعه اذا كان الولد الكبير حاضرا بالاتفاق وكذا لا يبيعه في

سائر الديون فلذا في النفقة ولذا لا يبيع عقاره فعلم ان ولايته انقطعت
بالكلية فلا يجوز بيعه ولا يقضي القاضي بذلك لانه قضاء على الغائب
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان ولاية الاب وان زالت بالبلوغ بقي اثرها ولهذا صح
استيلاده جارية الابن فابقي اثر الولاية كان له ان يبيع العروض لان
بيعها من باب الحفظ لان العين يخشى عليه الهلاك وحفظ الثمن ايسر من
حفظ العين ولهذا كان للوصي ان يبيع العروض على الوارث الكبير الغايب
للحفظ فلما جاز بيع الاب كان له ان ياخذ من الثمن مقدار النفقة لانه
من جنس حقه بخلاف العقار فانه محصن بنفسه فلا يحتاج الى بيعه
للحفظ الا بمطلق الولاية وذلك عند صغر الولد او جنونه وبخلاف ما اذا كان
الولد الكبير حاضرا لانه لا حاجة الى حفظ غيره وبخلاف الام وسائر الاقارب
لانهم لا ولاية في التصرف في المال اصلا في الصغر فلا يبقى اثرها بعد الكبر والنفقة
لا تشبه سائر الديون لانه حينئذ يلزم القضاء على الغائب فلا يجوز بخلاف
النفقة فانها واجبة قبل القضاء وانما قضاء القاضي اعانة فجاز بيع الاب لعدم
القضاء على الغائب **قوله** وان كان للابن الغائب مال في يد ابويه فانفقا
منه لم يضمنا وهذا لفظ القدوري قال في مختصر الكافي ما كان عند احد من
هاولاء من مال فانفقه على نفسه اجزاته ولم اضمنه وان كان عند غيرهم فاعطاهم
بغير امر القاضي حتى انفقوا كان ضامنا له اشار بقوله هاولاء الى الوالدين
والولد والزوجة وانما لم يلزم الضمان في الصورة الاولى لان الغائب لو كان
حاضرا تجب عليه دفع ذلك وهم اخذوا ما تجب عليه دفعه فلا يجب الضمان
بخلاف الاجنبي فانه مامور بالحفظ فينتفي الحفظ بالانفاق فيضمن بخلاف
ما اذا دفع الاجنبي باذن القاضي حيث لا يضمن لعموم ولاية القاضي ولا
يقال هذا قضاء على الغائب فلا يجوز لانا نقول نفقة هاولاء واجبة قبل
القضاء وقضاؤه اعانة لهم بحسب **قوله** على ما مر اشارة الى ما قال

عند قوله

عند قوله ولا يقضي بالنفقة في مال الغايب الا لهاولاء **قوله** واذا ضمن لا يرجع
على القابض اي اذا ضمن الاجنبي لا يرجع بما ضمن على القابض وهو الاب
او الام لان الاجنبي ملك المدفوع بالضمان فكان متبرعا على القابض **قوله** واذا
قضى القاضي للولد والوالدين وذوي الارحام بالنفقة فمضت مدة سقطت
وهذه من مسايل القدوري واستثنى في مختصره الا ان ياذن القاضي في الاستدانة
عليه وذلك لان نفقة هاولاء انما تجب كفاية لهم عن حاجتهم فلما مضت المدة
سقطت النفقة لان حاجتهم انقضت في المدة الماضية فلم تحتج الى كفايتها
بخلاف نفقة الزوجة اذا قضى بها القاضي لها لمدة معينة فمضت مدة لم
يصل نفقتها اليها في تلك المدة لا تسقط النفقة لان غاية ما في الباب ان
تحصل لها الاستغناء عن كفاية الحاجة الماضية وذلك لا يقتضي سقوط نفقتها
لان نفقة المراة جارية مجرى الديون تجب مع يسار المراة الا ان
ياذن لهم القاضي في الاستدانة عليه فحينئذ لا تسقط نفقتهم ايضا
بمضي المدة لان ما اخذوه باذن القاضي صار دينا على الغايب فلم تسقط
بعد ذلك كساير الديون لان القاضي له ولاية عامة فصار كامر الغايب
نفسه قال في خزانة الفقه ثلاثة احكام يفرق فيها بين نفقة المراة
ونفقة ذي الرحم المحرم اذا عجلت نفقتها فهلكت عندها او سرقت
او كانت ثيابا فعجلت بتخريقها لا يلزمه نفقتها وكسوتها الا ان تمضي المدة وفي
ذي الرحم المحرم منه يلزمه ثانيا في الحال وان امسكت النفقة ولم ينفقه
حتى مضت المدة وهي على حالها يلزمه نفقة اخرى وفي ذي الرحم المحرم لا يلزمه
اخرى ما لم ياكل ما عنده ولو اخذت نفقتها مدة ثم ماتت يسترد نفقة ما
بقي من المدة في قول محمد وفي ذي الرحم المحرم لا يسترد اجماعا وقال
شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي فاذا امتنع الاب من الانفاق على اولاده
الصغار يحبس في ذلك بخلاف ساير ديون الولد فان الاب غير محبوس فيه

لو يحبس احدهما النفقة لحاجته وقت ليموت بالمنع يكون قاصدا الى اتلافه
والانسان يستوجب العقوبة عند قصده اتلاف ولده كما لو عدا عليه بالسيف
كان له ان يقتله دفعا بخلاف سائر الديون ولان سائر الديون لا يسقط بتاخير الاداء
والنفقة لا يصير دينا بل تسقط بمضي الوقت وانما كتبناها تكثيرا للفائدة
وان لم تكن لها دخلت في هذا الموضع في المتن قوله قال الا ان ياذن القاضي في
الاستدانة نص عليه استثناء من قوله سقطت وبيانه مر

فصل

قوله وعلى المولى ان ينفق على امته وعلى عبده وهذه من مسائل القدوري
والاصل هنا ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى ابي ذر الغفاري رضي الله عنه
عن رسول الله صلى الله عليه انه قال ان اخوانكم خولكم جعلهم الله تعالى تحت
ايديكم فمن كان اخوه تحت يديه فليطعمه مما ياكل وليلبسه مما يلبس ولا
تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم ما يغلبهم فاعينوهم قال في الديوان الخول
جمع خائل وقد يكون واحدا وهو اسم يقع على العبد والامة وقال في الغريبين يقال
هم خول فلان اي اتباعه الواحد خائل والخول الرعاة يقال فلان يخول
عليهم اي يرعى عليهم وحدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى
اليسر صاحب رسول الله صلى الله عليه اطعموهم مما تاكلون واكسوهم مما تلبسون
قال الطحاوي ذهب قوم الى ان على الرجل ان يسوي بين مملوكه وبين نفسه في الطعام
والكسوة احتجاجا بما روينا وخالفهم آخرون احتجاجا بما حدث الطحاوي باسناده
الى ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه قال للمملوك طعامه وكسوته
ولا يكلف من العمل الا ما يطيق فدل على ان للموالي ان يفضلوا انفسهم على
عبيدهم يدل على هذا ايضا ما حدث البخاري باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه
عن النبي صلى الله عليه قال اذا اتى احدكم خادمه بطعامه فان لم يجلسه
معه فليناوله لقمة او لقمتين او اكلة او اكلتين فانه ولي علاجه وفي رواية
الطحاوي فانه ولي حره ودخانه والجواب عن حديث الذي احتجوا به
ان رسول الله

ان رسول الله عليه قال بلفظ من وهي للتبعيض فاذا اطعمهم المولى من
بعض ما ياكلون او كساهم من بعض ما يلبسون فقد حصل الغرض فلو كان المراد التسوية
في الاكل والكسوة لقال رسول الله صلى الله عليه مثل ما تاكلون ومثل ما تلبسون ثم
اعلم ان كل من كان من اهل المكاسب والمنافع فالمولى يجبر على نفقته
كالعبد والامة والمدبر وام الولد كما روينا فان امتنع المولى عن الانفاق
فكل من يصلح للاجارة ينفق عليه من اجرته نظرا لجانب المولى والعبد جميعا
لان العبد لا يهلك ويبقى ملك المولى على حاله وكل من لا يصلح للاجارة كالعبد
الزمن والجارية التي لا تواجر مثلها تجبر على الانفاق او يبيع القاضي اذا اراد
ذلك لا المدبر وام الولد فانه يجبر على الانفاق لا غير لانه لا يملك بيعهما
وكل من لم يكن من اهل المكاسب والمنافع فالمولى لا يجبر على نفقته وكذلك لا يجبر
على نفقة سائر الحيوانات في ظاهر الرواية لانها ليست من اهل الاستحقاق
بخلاف الادمي وعن ابي يوسف تجبر لئلا يلزم تعذيب الحيوان بلا فائدة
قوله وان لم يكن لهما كسب بان كان عبدا زمنا او جارية لا تواجر مثلها
اجبر المولى على بيعهما والضمير في لهما وبيعهما راجع الى العبد والامة قال
في شرح الاقطع ما ذكره من البيع فينبغي ان يكون على قول ابي يوسف ومحمد
لانهما يريان البيع على الحر لاجل حق الغير فاما ابو حنيفة رضي الله عنه فانه لا يرى
جواز البيع على الحر ولكنه يحبسه حتى يبيع اذا استحق عليه البيع قوله وفي
البيع ايفاء حقهما وهو مصدر اوفى يوفي وقوله وايفاء حق المولى وهو مصدر ابقى
يبقي قوله بالخلف اي بالثمن قوله بخلاف نفقة الزوجة يرتبط بقوله
اجبر المولى على بيعهما يعني ان العبد والامة اذا لم يكن لهما الكسب وامتنع المولى من
انفاقهما تجبر على بيعهما بخلاف الزوجة فان الزوج اذا امتنع من انفاقها لا تجبر على
التفريق لانه اذا لم تجبر على البيع يلزم ابطال حق العبد والامة اصلا لان
نفقة العبد والامة لا تصير دينا على المولى وفي الزوجة اذا لم تجبر على تفريقهما

لا يلزم ابطال حقها لان نفقتها تصير دينا بقضاء القاضي وايضا اذا اجبر على البيع
لا يفوت حق المولى من كل وجه لانه تحصل له الخلف وهو الثمن واذا اجبر
على التفريق يفوت حق الزوج من كل وجه لعدم الخلف فلهذا اجبر المولى على
البيع ولم يجبر الزوج على التفريق **قوله** على ما ذكرنا اشار به الى قوله
بخلاف نفقة الازواج اذا قضى بها القاضي لانها تجب مع يسارها فلا تسقط
قوله وفيه ذلك اي في الامتناع عن انفاق الحيوانات تعذيب
الحيوان **قوله** ونهى عن اضاعة المال ونحوها حدث البخاري باسناده
الى المغيرة قال قال رسول الله صلى الله عليه ان الله حرم عليكم عقوق الا
الامهات ووأد البنات ومنع وهات وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال
واضاعة المال وأد البنات دفنهن احياء قال تعالى واذا الموؤدة سئلت
ويروى ومنعا اي حرم منع الواجب عليك من الحقوق واخذ ما لا يحل لك
من اموال الناس وكثرة السؤال كمسئلة الناس اموالهم او السؤال عن سؤال
الامور وكثرة البحث عنها قال تعالى لا تسألوا عن اشياء ان تبد لكم تسؤكم
وقال تعالى ولا تجسسوا **قوله** وعن ابي يوسف انه يجبر اي يجبر مالك الحيوانات
على النفقة عليها اراد به ما ذكره ابو جعفر الطحاوي في مختصره وقال
وقد روى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف ولم تحك فيه خلافا بينه وبين
ابي حنيفة انه يجبر ارباب البهائم على النفقة عليها او على بيعها قال الطحاوي
وبه ناخذ قال ابو بكر الرازي ويشبه ان يكون مذهب فيه الى ما روي
من الاثار في النهي عن تعذيب الحيوان **قوله** والاصح ما قلنا اي لا يجبر
على انفاق ساير الحيوانات لانها ليست من اهل الاستحقاق وهذا اخر كتاب
الطلاق فرغت من تسويده بعون الخلاق بعد العود من سفرة الحج في المرة
الثانية الى العراق في صفر سنة اربع وثلاثين وسبعماية والحمد لله رب
العالمين وصلواته على سيدنا محمد واله اجمعين

كتاب العتاق

لما فرغ عن بيان الطلاق شرع في بيان العتق لان كل واحد منهما اسقاط الحق
الا ان الاول قدم لمناسبة النكاح ثم الاسقاطات انواع تختلف اسماؤها باختلاف
انواعها فاسقاط الحق عن الرق عتق واسقاط الحق عن البضع طلاق واسقاط
ما في الذمة براءة واسقاط الحق عن القصاص والجراحات عفو ثم الدليل على وقوع
العتق قوله تعالى فتحرير رقبة فلولا انه لا يقع لم يوجبه الشارع علينا وقول
رسول الله صلى الله عليه ايما رجل اعتق امرا مسلما استنقذ الله بكل عضو منه
عضوا منه من النار رواه البخاري في الصحيح باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه
عن النبي عليه السلام وهكذا روى مسلم ايضا الا ان في روايته قال ايما امرء مسلم الى اخر
الحديث وروى مسلم ايضا في صحيحه باسناده الى ابي هريرة عن رسول الله صلى
الله عليه قال من اعتق رقبة اعتق الله بكل عضو منها عضوا من اعضايه من
النار حتى فرجه بفرجه وذكر محمد بن الحسن في الاصل عن ابي يوسف عن اسمعيل
ابن مسلم المكي عن الحسن عن ابي الدرداء عن رسول الله صلى الله عليه قال من لعب
بطلاق او عتاق فهو جايز عليه ونزلت هذه الاية ولا تتخذوا ايات الله
هزوا في ذلك وذكر عن عمر ابن الخطاب قال من تكلم بطلاق او عتاق او نكاح
فهو جايز عليه يقال عتق يعتق عتقا وعتاقا واعتقه سيده اعتاقا قال
ابو حاتم الرازي في كتابه معنى اعتقه جعله عتيقا والعتيق الكريم فكان
العبد اذا صار حرا صار كريما والعتيق من كل شيء كريم يقال فرس عتيق
اذا كانت له سابقة وعتقت اذا سبقت ويقال عتقت مني يمين اي سبقت وتقدمت
قال الشاعر على الية عتقت قديما وليس لها وان طلبت مرام ورجل
عتيق اي كريم وامراة عتيقة ونساء عوايق ويقال اعتق فلان رقبة اذا
اعتق عبدا او امة وخصت الرقبة من بين ساير الاعضاء لان ملك الصاحب له
بمنزلة الحبل في رقبته فاذا اعتقه فقد حل ذلك الحبل من رقبته هذا كله كلام ابي

سؤال

قال في كتاب حلية الفضلاء والاعتاق [illegible] ازالة [illegible] تنجز نقض زوال
كله الا التوقف [illegible] ابي حنيفة والعتق الحرية الحاصلة بعد [illegible] الملك وقالا
الاعتاق اثبات [illegible] والملك عبارة عن الحظ [illegible] المحجور [illegible]
عن [illegible] الادمي يصح تملكه [illegible] تاما الموسوم بالتبيين
وشروط الاعتاق ان يكون المعتق حرا عاقلا بالغا مالكا وسببه التكلم بالفاظ العتق
صريحا او كناية اذا وجدت النية والملك في القريب وركنه لفظ العتق الصادر
من الاهل مضافا الى المحل وحكمه زوال الملك او ثبوت العتق على حسب الاختلاف في
تفسير الاعتاق قال في التحفة الاعتاق انواع قد يكون قربة وطاعة لله تعالى
بان اعتق لوجه الله تعالى او نوى عن كفارة عليه وقد يكون مباحا غير قربة بان
اعتق من غير نية او اعتق لوجه فلان وقد يكون معصية بان قال انت حر لوجه
الشيطان ويقع العتق ايضا **قوله** قال العتق يصح من الحر البالغ العاقل
في ملكه اي قال القدوري في مختصره اما اعتبار الحرية فلان الاعتاق يقتضي سابقة
التمليك والعبد لا يملك شيئا فلا يصح اعتاقه واما اعتبار البلوغ والعقل
فلانه ازالة ملك وفيه ضرر ظاهر فلا يصح تصرف الصبي والمجنون فيما فيه ضرر
كالطلاق يؤيده قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ
وعن المجنون حتى يفيق وعن الصبي حتى يحتلم واما اعتبار ان يكون العبد في
ملكه لقوله عليه السلام لا نذر لابن ادم فيما لا يملك ولا عتق له فيما لا يملك ولا طلاق له
فيما لا يملك رواه الترمذي في جامعه باسناده الى عمرو بن شعيب عن ابيه عن
جده **قوله** بالحالة منافية اراد بها الصبا والجنون فانهما منافيان للاعتاق
قوله واذا قال لعبده او امته انت حر او معتق او عتيق او محرر او قد حررتك
او اعتقتك فقد عتق نوى به العتق او لم ينو وهذه من مسائل القدوري رحمه الله
اعلم ان الالفاظ التي تستعمل في باب العتاق على ثلاثة اقسام احدها
ما يعتق بغير النية **والثاني** ما يعتق بالنية **والثالث** ما لا يعتق
وان نوى

[illegible] نوى به العتق [illegible] القسم الاول [illegible] الاصل اذا [illegible] انت حر
او اعتقتك او حررتك او انت عتيق [illegible] ذلك [illegible] ان نوى به الكذب
بالباطل [illegible] وبين الله تعالى لا يعتق وان قال [illegible] هذا مولاي
عتق [illegible] وفي نوادر هشام عن ابي يوسف لو قال رجل لاخر انا مولى بيلك
اعتق [illegible] فانه حر لا يكون عبدا ولذلك لو قال انا مولى [illegible] ولم يقل
اعتقني فانه حر لانه قد يكون مولاه من قبل جده ولو قال انا مولى بيلك اعتقني
فانه مملوك فوجد الوارث ان يكون ابوه اعتقه الا ان تجي بالبينة [illegible]
زوجها اذا قال لامة وليه انت حرة وقال نويت انك حرة من عمل او من خدمة
بيتي لم يدين في القضا ولا فيما بينه وبين الله تعالى ولا يسعها ان تقربها وقال ابو
ابو يوسف في نوادر هشام يدين فيما بينه وبين الله تعالى واما القسم الثاني
وهو الذي يعتق اذا نوى العتق فقال في عتاق الاصل لو قال لعبده لا سبيل لي
عليك او لا ملك لي عليك او قد خرجت من ملكي عتق ان نوى العتق ولا يعتق
ان لم ينوه في القضا وفيما بينه وبين الله وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو
قال لعبده لا سبيل لي عليك الا سبيل الولا عتق في القضا وان قال لا سبيل لي
عليك الا سبيل الموالاة لم يعتق وفي نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة لو قال
لعبده انت حر تهجا ذلك هجاء عتق غلامه ان نوى العتق وكذلك الطلاق
ان نوى ولو تهجا سجدة التلاوة لم تجب عليه ان يسجدها وفرق ما بينهما بانه لو
كتب السجدة لم يجب عليه ان يسجد فلو كتب الطلاق او العتق لامراته عتق العبد و سجدة
طلقت المراة **واما** القسم الثالث وهو الذي لا يعتق وان نوى فقال
في عتاق الاصل اذا قال لامته قد بنت مني او حرمت علي او انت خلية او برية او
بائن او بتة او اخرجي او استبري او تقنعي او اذهبي او اختاري فاختارت نفسها
او قال لا سلطان لي عليك وهو ينوي العتق في جميع ذلك لم يعتق وقال في الهاروني
اذا قال لا سلطان لي عليك وهو ينوي العتق صارت حرة ثم اعلم ان الالفاظ

التي يقع بها العتق صريح وكناية فالصريح فيقع كيف كان سواء استعمل
بلفظ الصفة كقوله انت حر او انت محرر او انت عتيق او بلفظ الاخبار كقوله حررتك
او اعتقتك او بلفظ النداء كقوله يا حر او يا عتيق او يا محرر وذلك لان هذه الالفاظ
صريح في العتق فلا يفتقر الصريح الى النية غاية ما في الباب انه لما كان الصريح لفظ
الخبر احتمل الكذب فينبغي ان لا يقع العتق باحتمال الكذب لانا نقول اللفظ وان
كان للاخبار وضعا جعل للانشاء شرعا فلم يحتمل الكذب قال بعض المحققين
يعني الكلام الانشائي ان لا يحتمل صدقا ولا كذبا بل هو موضوع لنوع من الكلام
محقق في النفس ليس له اعتبار من خارج بموافقة له فيسمى صدقا ولا مخالفة فيسمى
كذبا كقولك قم وافعل فانه لطلب محقق لا يعتبر بامر من خارج فلا يقال
له صدق ولا كذب والخبر كقولك زيد قائم يعتبر بامر خارج وهو تحقق
النسبة الى زيد لا باعتبار النفس فان كانت محققة سمي صدقا وان كانت
منفية سمي كذبا قوله وغيرها نحو قوله اجرتك وكذلك قوله وان قال عنيت
به الاخبار الباطل او انه حر من العمل صدق ديانة اي ان قال اردت بكل
واحد من هذه الالفاظ وهي قوله انت حر او معتق او عتيق او حررتك او
اعتقتك الاخبار الباطل يعني الكذب او قال اردت انه حر من العمل الا
استعمله في عمل ما صدق ديانة يعني فيما بينه وبين الله تعالى حتى لا يعتق ديانة
لان الصيغة للخبر وضعا والخبر يحتمل ذلك ولكن لا يصدق قضاء لانه خلاف
الظاهر وقال في تحفة الفقهاء لو قال انت حر من هذا العمل يعني عملا معينا او
قال انت حر من العمل اليوم فانه يعتق في القضاء لان العتق لا يتجزى فاذا
جعله حرا في بعض الاعمال او جعله حرا عن الاعمال كلها في بعض
الازمان يثبت في الكل فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى انه اراد به البعض
قوله ولو قال له يا حر يا عتيق يعتق ذكره بسبيل التفريع لمسئلة القدوري
قال في عتاق الاصل لو قال لعبده يا عتيق يا حر يا مولاي عتق في هذه الثلثة
وذلك

وذلك لانه ناداه بما هو موضوع للحرية فاقتضى تحقيق هذا الوصف
فيه بخلاف قوله يا ابني لانه لم يناده باللفظ الموضوع للحرية فكان
الغرض مجرد الاستحضار وقال في الاجناس لو قال يا حر النفس
عتق في القضاء وفي نوادر هشام لو سمى عبده حرا فقال له يا حر لا يعتق اذا
كان اسمه حرا معروفا وفي الهاروني لو قال لام ولده يا حرة او قال لجارية هي
يا حرة او تعالي يا حرة او اذهبي يا حرة عتقت ولو قال ما اردت العتق
انما اردت الاكرام دين فيما بينه وبين الله تعالى فلا يدين في القضاء قوله
وانه يثبت من جهته اي ان الوصف وهو الحرية يثبت من جهة المنادي
وانما قيد بهذا احترازا عن مثل قوله يا ابني لان الوصف وهو البنوة مثلا
لا يمكن اثباته من جهة المنادي لان المخلوق من ماء الغير لا يكون ابنا بهذا النداء
وسيجي بيانه ان شا الله تعالى قوله وسنقرره من بعد اي في مسئلة يا ابني
ويا اخي قوله الا اذا سماه حرا ثم ناداه يا حر استثناء من قوله يعتق
قوله ولو ناداه يا آزاد وقد لقبه بالحر قالوا يعتق اي قال المشايخ
يعتق وذكره ايضا بسبيل التفريع وكذا عكسه يعني اذا ناداه بقوله يا حر
وكان سماه آزاد يعتق لانه لم يناده باسمه العلم فروعي المعنى الذي وضع
اللفظ له واذا قال لعبده يا آزاد مرد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يعتق
وقال بعضهم لا يعتق وبه اخذ الفقيه ابو الليث في النوازل لانه اذا قيل آزاد
يراد به العتق واذا قيل آزاد مرد يراد به الانسانية ولا يراد به العتاق
قوله وكذلك لو قال راسك حر او وجهك او رقبتك او بدنك او قال للامة
فرجك حر وهذه من مسائل القدوري يعني كذلك الحكم اذا ذكر هذه الالفاظ
يعني يعتق لانه اضاف العتاق الى جزء معبر عن جميع البدن فيثبت العتاق
كالطلاق اذا اضافه الى هذه الالفاظ وكذلك اذا اضاف العتاق الى جزء شائع
كالنصف والثلث وما اشبه ذلك كما في الطلاق بخلاف ما اذا اضاف

العتاق الجزء معتق لا يعتبر به عن جميع البدن كاليد والرجل لا يقع به
العتاق كالطلاق وفيه خلاف زفر والشافعي رحمهما الله وقد مر بيانه
في باب ايقاع الطلاق قال الحاكم الشهيد في الكافي وان قال يدك او
عضو من اعضائك حر لم يعتق وسيجي المسائل في اخر الباب قال
قوله وسيأتي الاختلاف اي في اول باب العبد يعتق
بعضه قوله وقد بيناه اي في باب ايقاع الطلاق قوله ولو
قال لا ملك لي عليك ونوى به الحرية عتق وان لم ينو لا يعتق وهذه من مسائل
القدوري وذلك لانه من كنايات العتق فلا بد من النية بيانه ان نفي
الملك يحتمل انه لانه اعتقه فلا بد لتعيين العتق من النية قلت
ينبغي ان يقع العتق بلا نية اذا لم يكن البيع ونحوه من الاشيا المزيلة موجودا
لان نفي الملك لما كان دائرا بين الاعتاق وغيره وغير الاعتاق لم يكن
موجودا في الواقع تعين الاعتاق لا محالة كما هو الحكم في المتردد بين الشيئين
والا يلزم ان يكون كلام العاقل لغوا فلا يجوز ونقل صاحب الاجناس عن
نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله ولو قال لمولاه انت غير مملوك لا يكون عتقا لكن
ليس له ان يدعيه وقال في خلاصة الفتاوي ليس له ان يستخدمه فان مات لا يرث
بالولا فان قال المملوك بعد ذلك انا مملوك له فصدقه كان مملوكا له وقال
فيه ايضا وكذا لو قال لست هذا بعبدي لا يعتق قوله قال وكذلك جميع كنايات
العتق اي قال القدوري وكذلك جميع كنايات العتق يقع العتق بها اذا وجدت
النية والا فلا وفسرها صاحب الهداية بقوله وذلك مثل قوله خرجت من ملكي
ولا سبيل لي عليك ولا رق لي عليك وقد خليت سبيلك قال لانه يحتمل ان يكون
باعتبار البيع والكتابة او باعتبار العتق فلا بد من النية وما ذكرته انفا في قوله
لا ملك لي عليك فهو يرد في قوله خرجت من ملكي ولا رق لي عليك فاعرفه قال في
التحفة في قوله لا سبيل لي عليك ان نوى العتق يعتق وان لم ينو يصدق
في

في القضا لانه لفظ مشترك الا اذا قال لا سبيل لي عليك الا سبيل الولاء فهو حر في القضا
ولا يصدق انه اراد به غير العتق ولو قال لا سبيل لي الا سبيل الموالاة يصدق في القضا لانه قد
يراد به الموالاة في الدين بخلاف لفظ الولاء فانه يستعمل في ولاء العتق
وقال القدوري في شرحه فان لم ينو في قوله لا سبيل لي عليك فهو رقيق
لان المولى قد يقول لعبده لا سبيل لي عليك باللوم والعقوبة لانك
وفيت بالخدمة وفعلت ما امرتك وقد يقول لا سبيل لي عليك لاني
كاتبتك فزالت يدي عنك ولا سبيل لي عليك لاني اعتقتك فاذا احتمل
اللفظ العتق وغيره لم يقع الا بالنية قوله وكذا قوله لامته قد اطلقتك
يعني ان هذا اللفظ ايضا من كنايات العتق فاذا نوى العتق عتقت والا
فلا كما في تخلية السبيل بخلاف ما اذا قال لها قد طلقتك حيث لا يقع العتق
اصلا نوى او لم ينو لان لفظ الطلاق صريح في رفع قيد النكاح فاذا جوزنا
استعماله في رفع ملك اليمين مجازا يلزم ان يكون مزيل الادنى مزيل الاعلى فلا
يجوز ويأتي التقرير بعد هذا عند قوله ولو قال لامته انت طالق وذاك الموضع
هو المراد بقوله على ما نبين قوله ولو قال لا سلطان لي عليك ونوى
العتق لم يعتق وهذا لفظ القدوري في مختصره وهو رواية الاصل وقال في
النوادر يعتق اذا نوى وجه الفرق على رواية الاصل بين قوله لا سلطان
لي عليك حيث لا يعتق اصلا وبين قوله لا سبيل لي عليك حيث يعتق اذا نوى
ان السلطنة عبارة عن قيام اليد او الحجة ونفي اليد والحجة لا يدل على العتق
الا ترى انه لا يد للمولى على المكاتب بخلاف نفي السبيل من وجه فانه يدل
على العتق الا ترى ان للمولى على المكاتب سبيلا من حيث المطالبة باداء بدل
الكتابة وقد روي عن الكرخي انه قال ما اتضح لي وجه الفرق بين
المسئلتين وقد فني عمري قال اهل التفسير في قوله تعالى وكيف اخاف ما
اشركتم ولا تخافون انكم اشركتم بالله ما لم ينزل به عليكم سلطانا اي حجة

كذا ذكره في الكشاف وفي تفسير الزجاج وغيرهما وقال ابن دريد قال
ابو عبيدة في قوله عز وجل سلطان مبين اي حجة وقال في ديوان الادب
السلطان الحجة ولو قال لعبده اذهب حيث شئت من بلاد الله لا
يعتق وان نوى كذا في مختصر الكرخي وذلك لانه نفي زوال اليد فلا
يدل على العتق كما في المكاتب **قوله** فلهذا يحتمل العتق اي لاحتمالات نفي
السبيل مطلقا بانتفاء الملك يحتمل قوله لا سبيل لي عليك العتق **قوله**
ولو قال هذا ابني وثبت على ذلك عتق وهذه من مسائل القدوري وهذا
بالاتفاق فيما اذا كان يولد مثله لمثله اما اذا كان لا يولد مثل هذا الغلام
لمثل هذا المولى فسيجيء بيان الاختلاف فيه عند قوله وان قال للغلام لا يولد
مثله لمثله هذا ابني والاصل هنا ان من وصف مملوكه بصفة من يعتق
عليه اذا ملكه عتق عليه اعني القرابات المحرمة للنكاح لقوله هذا ابني
وهذه بنتي او هذا ابي او هذه امي او هذا عمي او خالي او قال هذا جدي قال
في التحفة ذكر في ظاهر الرواية وسوى بين الكل الا في الاخ والاخت فانه لا
يعتق الا بالنية وروى الحسن عن ابي حنيفة انه سوى بين الكل وقال
يعتق ثم العبد لا يخلو اما ان كان له نسب معروف من الغير او لم يكن فان
لم يكن له نسب معروف ثبت النسب والعتق جميعا وان كان له نسب
معروف لا يثبت النسب لتعذره لانه ثابت النسب من الغير لكن يثبت
العتق عملا بمجاز اللفظ لان البنوة سبب للتحرير واطلاق السبب
وارادة المسبب طريق من طرق المجاز والدليل على انها سبب ان من ملك
ابيه يعتق عليه وانما لم يعتق بلفظ الاخ والاخت على ظاهر الرواية لانه
يستعمل في الشريعة على وجه الاكرام قال تعالى فان لم تعلموا اباءهم فاخوانكم في
الدين فلا يتعين العتق الا بالنية ثم اعلم ان في قوله هذا ابي وهذه امي
وهو يصلح ان يكون ولدا لهما وهو مجهول النسب ثبت العتق ولكن لا يثبت
البتة

النسب ما لم يصدقا فافترقا بخلاف قوله لمجهول النسب هذا ابني حيث يثبت
العتق والنسب بلا تصديق وعليه نص الحاكم وذلك لان في الصورة الاولى
تحميل النسب على غيره فيعتبر تصديقه بخلاف البنوة لانه تحميلها على
نفسه كذا في الشامل ثم اذا قال لامته هذه ابنتي هل تصير امه ام ولد له اذا كانت
في ملكه بعضهم قالوا لا يثبت الاستيلاد سواء كان الولد مجهول النسب
او معروف النسب وقال بعضهم يثبت في الحالين وبعضهم قالوا ان
كان معروف النسب لا يثبت وفي مجهول النسب يثبت كذا في التحفة وغيرها
ثم اعلم ان قوله وثبت على ذلك انما شرط لثبوت النسب لا لثبوت العتق لان
الرجوع عن الاقرار بالنسب يصح وعن العتق لا يصح وبه صرح فخر الاسلام
البزدوي في اصول الفقه في اخر باب الحقيقة والمجاز والدليل على ذلك
ان الرجوع عن الاقرار بالنسب يصح ما نص عليه الكرخي في مختصره في باب
اقرار الرجل بوارث من كتاب الاقرار واذا اقر الرجل في مرضه باخ من ابيه وامه
وابن ابن او بعم او بابن عم وصدقه المقر به ثم انكره المريض بعد ذلك
وقال ليس بيني وبينه قرابة ثم اوصى بماله كله لرجل ثم مات ولا وارث له
ولا عصبة ولا مولى فان المال كله للموصى له جميع المال ولا شيء للمقر له لان
المريض جحد ما اقر به من ذلك ولم يكن اقراره لازما فلما جحد كان بمنزلة
من لم يقر ولو لم يوص بماله ولكنه مات وقد جحد ما اقر به كان ماله في بيت المال
لجماعة المسلمين وبطل ما اقر به الى هنا لفظ الكرخي رحمه ونقل الامام حميد
الدين الضرير رحمه الله ان البقالي والرازي ذكر في شرح القدوري انه انما قال
ذلك لانه ان لم يثبت ولادة على انه قال ذلك كرامة يصدق **قوله** ولا يعتق
والعبد محتاج الى النسب حتى يحصل له معين وظهير **قوله** وجه المجاز
نذكره من بعد يعني عند بيان دليل ابي حنيفة في قوله وان قال
لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة له **قوله**

ولو قال هذا مولاي او يا مولاي عتق وهذا لفظ القدوري في مختصره وعليه
نص الحاكم في الكافي ولا يحتاج الى النية لكونه صريحا كذا في التحفة و
نقل في خلاصة الفتاوى عن العيون قال لا يعتق بالنداء الا في موضعين
يا مولاي ويا حر قلت اما اولا فلان لفظ المولى مشترك يجيء بمعنى
ابن العم والمولى والحليف والناصر والمعتِق والمعتَق كذا ذكره صاحب
ديوان الادب اما ابن العم فمثل قوله تعالى واني خفت الموالي من ورائي
اي بني عمي بعد موتي كذا قال اهل التفسير وقال طرفة فما لي اراني و
ابن عمي مالكا متى ادن منه ينأ عني ويبعد فلو كان مولاي امرأ هو
غيره لفرج كربي او لانظرني غدي والمولى في البيت بمعنى ابن العم واما
الناصر فمثل قوله تعالى وان الكافرين لا مولى لهم اي لا ناصر لهم واما
الحليف فلقول الجعدي موالي حلف لا موالي قرابة اي هم حلفاء لا ابناء عم
واما المولى فمثل قوله تعالى وارحمنا انت مولانا اي متولي امورنا وقيل
ايضا اي ناصرنا او سيدنا ونحن عبيدك والمعنيان الاخران في غاية الكثرة
والشهرة في كلام العرب ثم قال اصحابنا اذا قال لعبده هذا مولاي
لا يجوز ان يحمل على النصرة لان المولى لا يستنصر بعبده عادة ولا يحمل
على انه اراد به ابن العم لانه معلوم على خلاف ذلك ولا يحمل على انه اراد به
المولى الاعلى لان العبد لا يعتق مولاه فتعين المولى الاسفل وهو الذي
انعم عليه بالعتق وهو صريح في ايقاع العتق وكذا اذا قال يا مولاي
لانه نداء باللفظ الصريح في العتق فصار كقوله يا حر وقال زفر لا يعتق
لانه يستعمل للتعظيم كقوله يا سيدي ويا مالكي وذكر في الفتاوى
الولوالجي اختلاف المشايخ فيما اذا قال لعبده هذا مولاي او قال يا مولاي
او قال لامته هذه مولاتي او قال يا مولاتي منهم من قال هذا صريح من
كل وجه حتى لو قال عنيت به الناصر لا يصدق في القضاء ومنهم من قال
بين

بين الصريح والكناية حتى لا يعتق من غير النية ثم قال الولوالجي والاول
اصح فاقول لا نسلم ان المولى صريح في ايقاع العتق وهذا لان الصريح
مكشوف المراد ولفظ المولى مشترك قد ورد استعماله في معان في
القرآن والشعر ومع استعماله في المعاني بسبيل البدل لا يكون مكشوف
المراد فلا يكون صريحا فلا بد من النية وقولهم ان المولى لا يستنصر بمملوكه
عادة فلا نسلم ذلك بل تحصل له النصرة بمماليكه وخدمه والذي لا يحتاج
الى التطبيب والتنصير هو الله تعالى وحده على انا نقول لا شك ان الصريح يفوق
الدلالة والمتكلم يصرح وينادي باعلى صوته اني عنيت الناصر بلفظ المولى
لم لا يعتبر ذلك حقيقة لانه مشترك وهم يقولون دلالة الحال
من كلامه تدل على ان المراد من المولى هو المعتق الاسفل ولا يعتبر ارادة الناصر
ونحوه وهذا في غاية المكابرة قوله اما الاول اراد به قوله هذا مولاي
واراد بالاعلى المعتِق بكسر التاء وبالاسفل المعتَق بفتح التاء قوله
وهذا لان المولى لا يستنصر بمملوكه اشارة الى قوله تعين الاسفل قوله
والعبد نسبه معروف يعني يعرف يقينا ان العبد لا نسبة بينه و
بين سيده في القرابة فلا يكون ابن عمه قوله فانتفى الاول
والثاني اي الناصر وابن العم قوله والثالث نوع مجاز اراد به الموالي
في الدين قوله والكلام في حقيقته فتعين الاسفل سلمنا ان الكلام
لحقيقته اذا لم يكن المجاز مرادا اما اذا كان مرادا فلا نسلم على انا نقول لفظ
المولى مشترك وله حقائق لا حقيقة واحدة فلا يتعين الاسفل مع
تصريحه بانه لم يرده بل اراد به معنى آخر قوله لما بينا اي لما بينا من
الدليل في قوله هذا مولاي قوله واما الثاني معطوف على قوله اما
الاول واراد بالثاني في قوله يا مولاي قوله بهذا اللفظ اي بقوله يا مولاي
قوله وقال زفر لا يعتق في الثاني اي في قوله يا مولاي يعني اذا ذكر

المولى بلفظ النداء قال لانه يقصد به الاكرام كقوله يا سيدي يا مالكي قال في الفتاوى الصغرى اذا قال يا سيدي او قال يا مالكي اذا لم ينو العتق لا يعتق ولو نوى يصح عند الكل هذا تبيان قوله خلافا لما ذكر ارادة به قوله يا سيدي يا مالكي بخلاف ليس فيه ما يدل على العتق فكان كلمة لطف واكرام قوله ولو قال يا ابني او يا اخي لم يعتق وهذا لفظ القدوري في مختصره قال في تحفة الفقهاء اذا قال يا ابني يا بنتي يا ابي فانه لا يعتق الا اذا نوى لان النداء لا يراد به ما وضع له اللفظ انما يراد به استحضار المنادى الا اذا ذكر اللفظ الموضوع للحرية كقوله يا حر يا مولاي يعتق لان في الموضوع لا يعتبر المعنى ونقل في الاجناس عن نوادر ابن رستم عن محمد رحمه الله لو قال لعبده يا خالي يا عمي او قال يا ابي او يا جدي او قال يا ابني او قال لجاريته يا عمتي او يا خالتي او يا اختي او قال لعبده يا اخي لا يعتق في جميع ذلك والاصل هنا ان المقصود من النداء هو استحضار المنادى لكن الاستحضار اذا كان بلفظ مشتمل على وصف يتصور اثبات ذلك الوصف من جهة المنادي كان استحضاره له بتحقيق ذلك الوصف كقوله يا حر فلا يعتق الا اذا كان سماه حرا وناداه بقوله يا حر فلا يعتق وقد مر ذلك واذا كان الاستحضار بلفظ مشتمل على وصف لا يتصور اثبات ذلك الوصف من جهة المنادي كان النداء لمجرد الاعلام لا لتحقيق الوصف كقوله يا ابني لان المخلوق من ماء الغير لا يكون ابنا للمنادي بالنداء بلفظ الابن قوله لتعذره اي لتعذر تحقيق الوصف واراد بالوصف البنوة والاخوة ونحوهما من الابوة قوله ويروى عن ابي حنيفة رضي الله عنه شاذا انه يعتق فيهما اي في قوله يا ابني ويا اخي قال في تتمة الفتاوى اذا قال لعبده يا ابني روى الحسن عن ابي حنيفة انه يعتق قوله والاعتماد على الظاهر اي على ظاهر ما ذكره القدوري وهو المذكور في النوادر والمنتقى قوله ولو قال يا ابن لا يعتق يعني

اذا ذكر

اذا ذكر الابن بالنداء على انه مناد انفرد لا يعتق لانه ليس في لفظه ما يدل على العتق فهو صادق فيما ذكر لانه ابن ابيه ولنا ذان بسبيل التفريع وكذا اذا نادى بتصغير الابن والبنت بغير الاضافة الى ياء المتكلم وقال يا بني او يا بنية لا يعتق لما قلنا قوله وان قال لغلام لا يولد مثله لمثله هذا ابني عتق عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق وهذه من مسائل القدوري قوله اذا قال لعبده الاكبر سنا منه هذا ابني او قال هذا ولدي عتق عليه عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا يعتق وبه قال الشافعي لهم ان صريح كلامه محال لان الاكبر سنا محال ان يتولد من الاصغر سنا فاذا كان محالا لحقيقته لا يثبت مجازه وهو الحرية لان المجاز خلف عن الحقيقة فاذا لم يتصور الاصل لم يتصور الخلف فصار كقوله اعتقتك قبل ان تخلق او قبل ان اخلق ولهذا لو قال قطعت يد فلان فخرج يده صحيحة لا يجعل اقرارا بالمال مجازا لعدم تصور الاصل بخلاف ما اذا قال لمعروف النسب وهو اصغر سنا منه هذا ابني حيث يثبت الحرية مجازا لتصور الاصل لان مثله يجوز ان يولد منه لكنه لم يثبت حكم الاصل لمانع وهو انه ثابت النسب من الغير قال في شرح الاقطع فرق ابو يوسف ومحمد بين المعروف النسب وبين ان لا يولد مثله لمثله بان المعروف النسب يجوز ان يكون ابنه من الزنا ومن ملك ابنه من الزنا عتق عليه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان كلامه لما كان محالا لحقيقته حمل على المجاز لوجود طريق المجاز وهو اطلاق اسم السبب وارادة المسبب ولهذا لو ملك ابنه يعتق عليه اجماعا فعلم ان البنوة في المملوك ملازمة للحرية لانه لا يوجد البنوة في المملوك الا ويوجد الحرية معها فذكر الملزوم وارادة اللازم او ذكر السبب وارادة المسبب طريق من طرق المجاز فيحمل كلامه على المجاز تحرزا عن الالغاء ولهذا ينعقد النكاح بلفظ الهبة عندنا وان لم يتصور حقيقة الهبة في الحرة لان الهبة سبب لملك الرقبة وملك الرقبة سبب

بملك المتعة وهذا لان المجاز شرطه ان يكون خلفا عن الحقيقة في التكلم لا في الحكم كما
قالا لان الحقيقة والمجاز من اوصاف اللفظ والمتكلم يتصوف في اللفظ لا في الحكم
فاذا كان الخلفية في التكلم قلنا ان قوله هذا ابني صحيح من حيث التكلم لكونه
مبتدأ وخبرا وان لم يثبت حكمه وهو البنوة فيصح مجازه ايضا وهو الحرية
لثبوت شرط المجاز وهو الخلفية في التكلم ولهذا اذا قال المعروف النسب وهو اصغر
سنا منه يثبت الحرية مجازا وان لم يثبت النسب بخلاف ما اذا قال اعتقتك
قبل ان تخلق او قبل ان اخلق لانه لا يتصور ان يكون الاعتاق قبل الاخلاق
اصلا فلم يوجد السبب فلغا كلامه وبخلاف ما اذا قال قطعت يدك وهي
صحيحة حيث لا يثبت المال مجازا وان كان القطع سببا لوجوب المال
لان القطع سبب لوجوب مال هو ارش وهو مخالف لوجوب مطلق المال
لان الارش عن اليد الواحد نصف الدية يجب في سنتين على العاقلة و ارش يد
ليس كذلك مطلق المال فما هو مسبب القطع وهو الارش لا يمكن اثباته
لوجود صحة اليد وما هو ممكن الاثبات وهو مطلق المال ليس بمسبب
لقطع اليد فلم يكن اثبات المال مجازا فلغا كلامه ولانه لما اخرجها صحيحتين
كان بمنزلة جرح لحقه برء على وجه لم يبق له اثر فلا يتعلق به حكم بعد ذلك
لانه لو ثبت حقيقة الجرح فبرا لا يتعلق به الحكم ففي المجاز اولى ثم لابي
حنيفة رضي الله عنه في قوله هذا ابني طريقان احدهما انه بمنزلة التحرير ابتداء
مجازا بطريق اطلاق السبب على المسبب فعلى هذا لا تكون الام ام ولد له
اذا كانت في ملكه لانه ليس لتحرير الغلام ابتداء تاثير في اثبات امومية
الولد والطريق الاخر انه اقرار بالحرية مجازا كانه قال عتق علي من حين
ملكته فان البنوة في المملوك سبب للعتق وهو الاصح ولهذا قال في كتاب
الاكراه اذا اكره على ان يقول هذا ابني لا يعتق عليه والاكراه يمنع صحة الاقرار
بالعتق لا صحة التحرير ابتداء فعلى هذا تصير الجارية ام ولد له **قوله** ثم انه
كلام

كلام محال اي لابي يوسف ومحمد والشافعي ان قوله هذا ابني كلام محال
لان الكبير السن لا يولد من الصغير السن وهذا ظاهر **قوله** وهذا لان البنوة
اشارة الى قوله اخبار عن حريته **قوله** صلة القرابة يعني ان البنوة موجبة
للصلة والعتق صلة فيكون البنوة موجبة للعتق **قوله** تجوزا اي مجازا
قوله فيحمل عليه اي يحمل قوله هذا ابني على المجاز وهو الحرية **قوله** خلاف
ما استشهد به على صيغة ما لم يسم فاعله لعدم ذكر الفاعل **قوله** وجب
على العاقلة في سنتين بلفظ التثنية وهو الصحيح لا غير لان الكلام وقع فيما
اذا اقر بقطع اليد الواحدة وارش اليد الواحدة نصف الدية ثم الارش
اذا زاد على ثلث الدية يكون في سنتين على العاقلة الثلث في السنة الاولى
والباقي في السنة الاخرى وما زاد على الثلثين فالثلثان في سنتين وما
زاد في السنة الثالثة وفي بعض النسخ في سنين بلفظ الجمع وليس بشيء **قوله**
ولا يمكن اثباته بدون القطع اي اثبات الارش **قوله** وما امكن اثباته
الضمير راجع الى ما يعني الذي وهو عبارة عن مطلق المال وقد مر بيانه **قوله**
اما الحرية فلا تختلف ذاتا وحكما ذكر هذا لبيان الفرق عما يورد عن
طرف ابي يوسف ومحمد رحمهما الله بان يقال اذا اقر بقطع اليد لا يثبت المال
مجازا لان مطلق المال يخالف ما لا مخصوصا وهو الارش فلذا الحرية الثابتة
بالبنوة تخالف الحرية الثابتة لا بالبنوة في كونها صلة للقريب وواجبة
على القريب فلا يمكن اثبات الحرية مجازا للبنوة كما لم يثبت وجوب المال
مجازا لقطع اليد فاجاب عنه وقال نعم ان المال المخصوص يخالف لمطلق
المال اما الحرية فليست بمخالفة لا في ذاتها ولا في حكمها وهذا لان
الحرية عبارة عن زوال الرق وهو شيء واحد لا تختلف بالاضافة الى
البنوة وغيرها وحكمها خلوص المحل المالكية ورفع ملك الغير الا انها قد توصف
بكونها صلة للرحم وواجبة على القريب وذلك لا يوجب تنوعها كالحرية

الواقعة في العاقل البالغ حيث يقع مجازا يترتب عليها اهلية الشهادة
والولاية والامارة لان الحرية الواقعة في الطفل والمجنون فانها لا
توجب هذه الاهلية ومع هذا لا يقال انها تنوعت فكذا هنا فلما لم تكن
الحرية مختلفة جاز ان تثبت مجازا بقوله هذا ابني **قوله** ولو قال
هذا ابي او امي ومثله لا يولد لمثلهما فهو على الخلاف وهذا جواب سؤال مقدر
بان يقال لو قال كبير السن لغلامه الاصغر سنا منه او قال لامته التي
هي اصغر سنا منه هذا ابي او هذه امي لا يثبت العتق مجازا لعدم تصور الحقيقة
فينبغي ان لا يثبت العتق ايضا اذا قال هذا ابني لمن هو اكبر سنا منه فاجاب
عنه بقوله فهو على الخلاف يعني ان عند ابي حنيفة يثبت العتق فيهما
ايضا والوجود شرط المجاز وهو الخلفية من حيث التكلم ولا يرد علينا قول
الكبير لصغير هذا جدي لانه على هذا الخلاف ايضا فعند ابي حنيفة يعتق
وهو الاصح لانه وصفه بصفة من يعتق عليه اذا ملكه وقيل لا يعتق
اجماعا ووجهه ان الجد انما يجعل مجازا للحرية في الملك بواسطة الاب
والواسطة منتفية فلم يمكن جعله مجازا وليس كذلك الابوة والبنوة لانهما
يجعلان مجازا للحرية بلا واسطة فظهر الفرق **قوله** ولو قال هذا اخي
لا يعتق في ظاهر الرواية وعن ابي حنيفة يعتق وهو رواية الحسن عنه وجه
غير الظاهر ان الاخوة في المملوك سبب للحرية كالبنوة فيعتق اذا قال
هذا اخي كما اذا قال هذا ابني ووجه الظاهر ان الاخوة لا توجب لها في الملك
الا بواسطة الاب او الام كالجد فلا يعتق اذا قال هذا اخي كما اذا قال لعبده
الاصغر منه هذا جدي وهذا هو المراد بقوله وجه الروايتين ما بيناه
ولان الاخوة متنوعة تكون من حيث الرضاع والنسب والدين قال تعالى
انما المؤمنون اخوة فلا يتعين النسب بلا تنصيص حتى اذا قال
هذا اخي من النسب يعتق على الظاهر ايضا **قوله** ولو قال لعبده هذا ابنتي
فقد

فقد قيل على الخلاف فهذا ايضا مما ورد من جهة ابي يوسف ومحمد رحمهما
الله في قوله هذا ابني لغلام لا يولد مثله لمثله بان يقال اذا قال لعبده هذه
ابنتي او قال لجاريته هذه ابني لا يعتق مجازا لعدم تصور الحقيقة فكذا اذا قال
لعبده الاكبر سنا منه هذا ابني بهذا المعنى فيجاب عنه بطريقين بطريق
المنع والتسليم واما المنع فنقول لا نسلم انه لا يعتق عند ابي حنيفة بل يعتق عنده
فلا يرد علينا واما التسليم فنقول سلمنا انه لا يعتق عند ابي حنيفة لكن الاشارة
والتسمية اذا اجتمعتا فعند اتحاد الجنس يعتبر الاشارة ويتعلق الحكم بالمشار
اليه وعند اختلاف الجنس يعتبر التسمية ويتعلق الحكم بالمسمى كبيع الفص
على انه ياقوت فاذا هو زجاج لا ينعقد العقد اصلا واذا باع على انه ياقوت
احمر فاذا هو اخضر ينعقد العقد ويخير فيه ثم فيما نحن فيه الذكر والانثى
جنسان مختلفان لاختلاف الاغراض فتعلق العقد بالمسمى وهو معدوم
فلا يثبت العتق كما اذا قال بعت هذا العبد فاذا هو جارية لا ينعقد العقد
قوله وقد حققناه في النكاح اي حققنا هذا الاصل في باب المهر عند قوله
فان تزوج امراة على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر فلها مهر مثلها عند ابي حنيفة
ونظيره **قوله** ولو قال لامته انت طالق او باين او تخمري فنوى العتق لم
يعتق وهذه من مسايل الجامع الصغير والقدوري اما لفظ الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل يقول لامته انت
طالق او باين فنوى العتق قال باطل واما لفظ القدوري واذا قال
لامته انت طالق ينوي الحرية لم يعتق اعلم ان صريح الطلاق
وكناياته لا يقع به العتق عندنا وقال الشافعي يقع به العتق اذا نوى كذا ذكر
علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وجه قول الشافعي انه لو قال لامراته
انت حرة ونوى به الطلاق يقع بالاتفاق فكذا اذا قال لامته انت طالق
او باين او حرام ونوى به الحرية يقع العتاق والجامع ان كلا منهما الازالة

ملك الرقبة والطلاق لا ان الذي يملك النكاح فجاز استعمال احدهما للاخر مجازا قـ
الدليل على ان العتاق ازالة واسقاط صحة التعليق فلو كان اثباتا لم
يصح تعليقه ولنا انه نوى ما لا يحتمله لفظه فلا يصح لان الطلاق لرفع
القيد عن المحل ولا قيد في الامة فلا يصح استعمال الطلاق للعتاق وهذا
لان القيد هو المانع من الفعل مع القدرة عليه والرق عبارة عن ضعف وعجز و
العجز مناف للقدرة فلا يستعار اللفظ لمنافيه تلخيصه ان الطلاق يدل
على الاطلاق والاطلاق تقتضي سابقة القيد لان القيد هو المانع من استعمال
الالة والقدرة مع وجودهما والاطلاق هو التمكين منهما وهذا لان عدم الالة
والقدرة لا يسمى قيدا واثبات الالة والقدرة ابتداء لا يسمى اطلاقا فبالاعتاق
تحصل للعبد القوة والقدرة ابتداء فلا يصح استعمال الطلاق الذي يدل على
الاطلاق للعتاق لعدم القيد في الامة ولان ملك اليمين اقوى من ملك النكاح
واللفظ المزيل للادنى لا يجوز ان يكون مزيلا للاعلى مجازا لانه يصير عاملا في محل
مجازه ما لا يعمل في محل حقيقته فانتفت المشابهة بين المجاز والحقيقة
فتعذر المجاز لعدم المشابهة فان قلت السببية طريق المجاز فيستعار
لفظ الطلاق للعتاق من هذا الوجه قلت لا نسلم وجود السببية
اصلا لان العتاق ليس بسبب للطلاق وكذا الطلاق ليس بسبب للعتاق
الا ترى انه اذا اعتق امته المنكوحة للغير يزول الرق ولا يقع الطلاق
واذا طلق امرأته المملوكة للغير يقع الطلاق ولا يزول الرق فاذا انتفت
السببية لم يصح اطلاق لفظ الطلاق للعتاق مجازا فان قلت قولكم
يصير عاملا في محل مجازه ما لا يعمل في حقيقته انما يستقيم اذا كان العامل بل
لفظ المستعار ونحن لا نسلم ذلك بل العامل لفظ المستعار له وهو التحرير
قلت ان المجاز اللفظ المستعمل مكان لفظ آخر لمناسبة بينهما ماخوذ
من جازه اذا تعداه فاذا كان المستعار له هو العامل لا يوجد فيه التعدي
من

من محل الحقيقة لان اللفظ حينئذ يكون عاملا في محل حقيقته فلا يكون
المجاز مجازا وهذا فاسد ولان العامل هو المذكور وهو المستعار لا المستعار له
قوله على هذا الخلاف سائر الفاظ الصريح والكناية وذلك مثل
قوله لامته انت مطلقة وطلقتك وتجري تقنعي واعزبي وخلية وبرية
وحرام وما اشبه ذلك قوله لان بين الملكين موافقة اي بين ملك النكاح
وملك اليمين قوله وكذا ملك النكاح في حكم ملك العين ولهذا لم يشترط
التابيد فيه ولو لم يكن في حكم ملك العين لاشترط فيه التاقيت كما في الاجارة
قوله وعمل اللفظين في اسقاط ما هو حقه وهو الملك والضمير اعني قوله
هو راجع في الموضعين الى ما واراد باللفظين الطلاق والعتاق قوله
ولهذا يصح التعليق فيه بالشرط اي في العتاق وهو ايضاح لكون العتاق اسقاطا
قوله اما الاحكام فتثبت بسبب سابق وهو كونه مكلفا والضمير
في هو راجع الى السبب السابق وفي كونه راجع الى العبد لان الشهرة قائمة
مقام الذكر واراد بالاحكام الاهلية والولاية والشهادة وانما ذكرها
جوابا عما يقال للشافعي بان يقال يثبت بالاعتاق هذه الاحكام والطلاق
اسقاط فلا مناسبة بين الاسقاط والاثبات فلا يستعار الطلاق للعتاق
لعدم المناسبة فاجاب وقال كل واحد منهما اسقاط فوجدت
المناسبة وثبوت الاحكام بالادمية لكن الرق كان مانعا فبالاعتاق
زال المانع وجوابه لو كان ثبوت الاحكام بالادمية وكونه مكلفا لكان
القدرة موجودة للعبد واللازم منتف لان الرق مناف للقدرة
اصلا وصحة التعليق لا ترد لان الاعتاق اسقاط على وجه يترتب
عليه ثبوت هذه الاحكام فباعتبار الاسقاط صح التعليق قوله ولهذا
يصح لفظة العتق والتحرير كناية عن الطلاق يعني اذا قال لامرأته انت حرة
ونوى به الطلاق صح مجازا وهو ايضاح لقوله نوى ما يحتمله لفظه لان

بين المثلين موافقة قوله فكان اعلى اي يصير لفظ الطلاق كناية
عن لفظ العتق قوله لان الاعتاق لغة اثبات القوة ماخوذ من
عتق الفرخ اذا قوي [illegible] عن وكره ولا منافاة بين دفع المانع وبين
احداث القوة فليصح المجاز وهذا لان المنكوحة مالكة امر نفسها
لكن ملك البضع للزوج عليها صار مانعا فبالطلاق ارتفع المانع والمملوكة
عاجزة ليست بمستبدة بالتصرف اصلا فبالعتاق ثبتت له القوة
وحدثت له القدرة فان قلت هذا يستقيم على مذهبهما لان الاعتاق
اثبات العتق عندهما ولا يستقيم على مذهب ابي حنيفة لان الاعتاق
عنده ازالة الملك المتجزي المفضي الى العتق قلت يستقيم على
مذهبه ايضا لانه ازالة على وجه يترتب عليها اثبات القوة بخلاف الطلاق
فانه اسقاط محض ليس فيه اثبات القوة والقدرة اصلا بل بالطلاق زال المانع
من استعمال القدرة فحسب ولهذا كانت المنكوحة تملك التصرف
في المال بالاستبداد وتملك الاعتاق قوله وهذا لان العبد الحق بالجمادات
وبالاعتاق يحيى فيقدر اشارة الى قوله اثبات القوة والجماد عبارة عما لا روح
له قوله ولا خفاء ان الاول اقوى اراد بالاول الاعتاق قوله امتنع في
المتنازع فيه اي امتنع المجاز في قوله انت طالق لامته ونوى به العتق قوله
وانساغ في عكسه اي جاز في قوله انت حرة لمنكوحته ونوى به الطلاق
قوله واذا قال لعبده انت مثل الحر لم يعتق وهذه من مسائل القدوري
قال في التحفة ذكر في كتاب العتاق لا يعتق ثم قال وقد قالوا انه اذا نوى
العتق يعتق فانه ذكر في كتاب الطلاق اذا قال لامرأته انت مثل امرأة
فلان وفلان قد آلى من امرأته ونوى الايلاء يصدق ويصير موليا وجه
ما في الكتاب اعني مختصر القدوري ان المثل للتشبيه والتشبيه بين
الشيئين لا يقتضي اشتراكهما من جميع الوجوه فلذلك لا يعتق في القضاء ولا
فيما

فيما بينه وبين الله تعالى ومعنى المثل في اللغة النظير كذا في الجمهرة قوله
ولو قال ما انت الا حر عتق وهذا لفظ القدوري ايضا وقوله حر بالرفع
لا غير على مذهب الحجاز وتميم جميعا لان النفي انتقض بالا فبطل عمل ما فارتفع
الخلاف وانما عتق لانه اثبت الحرية بآكد الوجوه لان الاثبات بعد النفي آكد
وابلغ من الاثبات المجرد دليله كلمة الشهادة قوله ولو قال راسك راس حر
لا يعتق وهذه من مسائل نوادر ابن سماعة كذا في الاجناس ذكرها تفريعا
لما قبله قال فيها اذا قال الرجل لعبده راسك راس حر لم يعتق ولو قال راسك راس
حر عتق اذا نواه بيان ذلك ان قوله راسك راس حر بالاضافة تشبيه
الراس بالراس بحذف كلمة التشبيه وهو من اقوى مراتب التشبيه كما في
قولك زيد اسد وقد عرف في موضعه والتشبيه لا يقتضي المشاركة في جميع
الاوصاف بخلاف ما اذا نون الراس فانه يعتق لانه وصفها بالحرية ومن
وصف عبده بالحرية او وصف ما يعبر عن جميع البدن بالحرية عتق
عليه قال في كتاب عتاق الاصل اذا قال راسك حر او بدنك حر او جسدك
حر او نفسك او وجهك او روحك او كانت امة فقال فرجك حر عتق في
جميع ذلك ونقل صاحب الاجناس عن الهاروني اذا قال رقبتك حر او
بعضك حر عتق ولا يدين في هذا كله ان قال لم ارد به العتق وفي نوادر المعلى
لو قال جزء منك حر او شيء منك يعتق منه ما شاء المولى في قول ابي حنيفة
وفي عتاق الاصل لو قال يدك حرا ورجلك حرا او اصبع من اصابعك حر او سن
من اسنانك او دمك او ظفرك او [illegible] هذا كله باطل وفي الهاروني انفك
حر او صدرك حر او بطنك حر او ظهرك او جنبك او فخذك او لسانك او شعرك
او نفسك حر لا يعتق في شيء من هذه الوجوه نوى او لم ينو قال الناطفي هذا كله
على قياس قول ابي حنيفة وزفر وابي يوسف وفي كتاب العتاق املاء
لو قال كبدك حر او طحالك لا يعتق وفي نوادر هشام قال ابو يوسف لو قال

بنية

مملوكه ثوبا فقال هذه خياطة حر لا يعتق في الحالتين لانها تشير فقال مولاها
هذه مشية حر اذا ما تكلم فقال هذا كلام حرة لم تعتق الا ان يقول اردت
العتق وهذا قول ابي يوسف وقال الحسن بن زياد من قال لنفسه تعتق
في القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وفي نوادر ابن سماعة عن محمد حسبك
حرا اذا قال انت حر وعلم انه من سبي لا يعتق لانه اصله حر فهو صادق فيه
فلا يعتق وكذلك لو قال ابواك حران وفي نوادر المعلى قال ابو يوسف لو
قال لامته فرجك حر من الجماع فهي حرة في القضاء ويسعه فيما بينه وبين
الله تعالى فلا تعتق وفي نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال الشكل حر كان حرا وكذلك
لو قال ذكرك حر كان حرا وفي كتاب اصل الفقه لمحمد ابن الحسن لو قال العبده
فرجك حر لا يعتق وفي الجارية تعتق وانما ذكرنا هذه المسايل تذكرة لمن يرغب
في المزيد **فصل** لما فرغ عن بيان الاعتاق
الاختياري شرع في بيان الاعتاق الذي تحصل من غير اختيار كما في
شرا القريب وخروج عبد الحربي الينا مسلما وولد ام الولد من الولد لاها **قوله**
ومن ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وهذه من مسايل القدوري قال
عامة العلما ان من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه صغيرا كان المالك او كبيرا
صحيح العقل او مجنونا وقال مالك واصحاب الظواهر لم يعتقوا الا الاباء على المالك
وقال الشافعي لا يعتق بالملك الا من له ولاد واجمعوا انه لا يعتق من كان ذا رحم
رحم غير محرم واهل الذمة والاسلام سوا كذا ذكر صاحب التحفة وجه
قول مالك ما حدث الطاوي باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه قال
قال رسول الله صلى الله عليه لا تجزي ولد والده الا ان تجده مملوكا
فيشتريه فيعتقه وللشافعي انه ملك معصوم فلا يجوز ان يزول
بلا ازالة المالك ولهذا اذا اشترى المكاتب اخاه لا يتكاتب عليه وهذا
قياس ضعيف لان الملك المعصوم موجودة في قرابة الولاد ايضا ومع هذا يثبت
العتق

العتق لمجرد الملك فلنا ما روى صاحب السنن باسناده الى قتادة عن الحسن
عن سمرة عن النبي صلى الله عليه قال ومن ملك ذا رحم محرم فهو حر ورواه
الشيخ ابو جعفر الطاوي ايضا في شرح الاثار باسناده الى قتادة عن الحسن
عن سمرة عن رسول الله صلى الله عليه وحدث الطاوي ايضا باسناده الى
ابراهيم عن الاسود عن عمر رضي الله عنه قال من ملك ذا رحم محرم فهو حر وروى
الطاوي ايضا باسناده الى سفيان الثوري عن سلمة ابن كهيل عن المستورد
ان رجلا زوج ابن اخيه مملوكته فولدت اولادا فاراد ان يسترق اولادها
فاتى ابن اخيه عبد الله بن مسعود فقال ان عمي زوجني وليدته وانها ولدت لي اولادا
فاراد ان يسترق ولدي فقال عبد الله ابن مسعود كذب ليس له ذلك وروى
اصحابنا ايضا في المبسوط وغيره ان ابن عباس قال جا رجل الى النبي صلى الله عليه
فقال يا رسول الله اني دخلت السوق فوجدت اخي يباع فاشتريته
واني اريد ان اعتقه قال عليه السلام فان الله قد اعتقه وجه الاستدلال
بالحديث ان قوله عليه من ملك ذا رحم محرم فهو حر عام فيتناول
كل ذي رحم محرم وتفسيره كل من لا يجوز نكاحه على التابيد لاجل النسب
سوا كانت القرابة قريبة كقرابة الولاد او متوسطة كالاخ والاخت
والعم والعمة والخال والخالة بخلاف ما اذا كانت بعيدة كبني الاعمام فان
الحديث لا يتناولها لعدم المحرمية ولانها قرابة صينت عن الادنى الذلين
وهو ذل الاستفراش فلان تصان عن اعلاهما وهو ذل الاستخدام اولى
لان ذل الاستخدام ابلغ كالتافيف للوالدين لما حرم دفعا للضرر حرم الشتم
والضرب والقتل بالطريق الاولى ولان هذه قرابة موجبة لصلة الرحم
فتفيد العتق عند الملك قياسا على قرابة الولاد فان قلت لا نسلم
ان صلة الرحم واجبة ولين سلمنا لكن لا نسلم انها تفيد العتق عند الملك
قلت انها واجبة لقوله تعالى ويقطعون ما امر الله به ان يوصل قال

ادني ص

فهل التفسير ان المراد منه صلة الرحم ولقوله تعالى واتقوا الله الذي
تساءلون به والارحام بالنصب اي واتقوا الارحام اي قطع الارحام ولقوله عليه
السلام لا يدخل الجنة قاطع رواه جبير بن مطعم البخاري ولقوله عليه السلام
الرحم شجنة من وصلها وصلته ومن قطعها قطعته فلما كانت الصلة واجبة
بالنصوص كان العتق واجبا لانه طريق الصلة فاذا ملك يعتق عليه تحقيقا
للصلة الواجبة مرتبا ان الشجنة في باب النفقة فان قلت الصلة والرحم
عبارتان مجملتان فلا يجوز الاحتجاج بهما لجهالة الغرض وذلك لان الصلة
بمعنى الوصل ضد القطع والقطع ابانة الشي حقيقة والوصل ايصال الشي
بالشي وتقريبهما حقيقة كما في الاجسام وليس ذلك بمراد هنا فكان المراد
شيئا آخر وهو مجهول وكذا الرحم اسم لموضع اخلاق الولد المراد هنا
غير ذلك فكان مجملا مجهولا قلت لا نسلم الاجمال لان الرحم عبارة عن
القرابة في العرف ولهذا اذا قيل هذا ذو رحم منه يراد به انه قريبه و
لهذا لا يصح ان يقال هذا ذو رحم منه وليس بقريب او هذا قريبه وليس
بذي رحم منه فعلم بذلك ان ذا الرحم هو القريب لانه اذا ثبت احد اللفظين
ثبت الآخر واذا انتفى انتفى الآخر والصلة اذا اضيفت الى الرحم يراد بها
المعنى الذي يوجب التقارب والتوادد بين القريبين وبالقطيعة يراد
المعنى الذي يوجب التباعد بينهما كما اذا احسن الى قريبه يقال
وصل رحمه واذا اساء اليه يقال قطع رحمه وهو المعروف لسان اهل الشرع
فلم يبق الاجمال فان قلت سلمنا ان الصلة واجبة لكن لا نسلم انها
بالاعتاق فلم لا يجوز انها بالنفقة قلت في قرابة الولاد وجبت
الصلة بطريق الاعتاق فكذا في قرابة الاخوة لعموم النص فهو كونه ذا رحم
محرم منه ولا ينافي وجوب الصلة بالنفقة وجوب الصلة بطريق
الاعتاق فان قلت تجري القصاص بينهما وتقبل شهادة احدهما

للاخر

للاخر فلا ينبغي ان يعتق بالملك كما في ابن العم قلت القصاص تجري على الاب
ايضا اذا قتل اباه ومع هذا يعتق بالملك وتقبل الشهادة ومنع التهمة
لا هي موجودة في الابن دون الاخ وعلة العتق صلة الرحم وهي موجودة
فيهما جميعا والجواب عن احتجاج مالك فنقول يحتمل قوله عليه السلام
فيشتريه فيعتقه ما قاله ويحتمل فيشتريه فيعتقه بشرائه فحمل على الثاني
توفيقا بين الحديثين ولا نسلم ان المكاتب اذا اشترى اخاه لا يكاتب
عليه بل يتكاتب على مذهب ابي يوسف ومحمد وهي رواية عن ابي حنيفة
ولئن سلمنا انه لا يتكاتب عليه على ما هو ظاهر الرواية عن ابي حنيفة
فنقول المكاتب لا ملك له حقيقة لانه عبد ما بقي عليه درهم لكنه الحق
بالملاك فيما هو المقصود من الكتابة وحرية الاخ ليست بمقصودة
بخلاف حرية الولد والوالدين لانها مقصودة لانهم في معنى نفسه لثبوت
الجزئية فان قلت بقي هنا سؤال وهو ان يقال لم لا يجوز ان يرجع الضمير
من قوله عليه السلام فهو حر الى قوله من ملك لا الى ذي رحم كما في قوله
عليه السلام من دخل دار ابي سفيان فهو امن قلت لا يلزم ذلك الا ترى
الى قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له الضمير راجع الى المتصدق لا الى
فلما لم يلزم ذلك حمل الضمير الى ذي رحم لانه اذا حمل الى من ملك لا يبقى للكلام
فائدة لان حرية من ملك ثابتة قبل ان تملك ذا رحم فيلغو كلامه حينئذ فحمل
الى ذي رحم تحقيقا للفائدة الجديدة **قوله** قرابة مؤثرة اي مؤكدة **قوله**
ولادا او غيره منصوب على البدل من قوله كل قرابة **قوله** في غيره اي
في غير الولاد وقرابة الولاد هي القرابة بين الولد والوالدين **قوله**
والاخوة وما يضاهيها نازلة عن قرابة الولادة اي قرابة الاخوة وما
يشابهها من قرابة العمومة والخؤولة اذ في درجة من قرابة الولاد
قوله فامتنع الالحاق والاستدلال اي الحاق قرابة الاخوة بقرابة

الولاد بالقياس والدلالة فتمتنع لعدم المساواة وجوابه لا نسلم
عدم المساواة بل المساواة موجودة لان كلا منهما قرابة متأيدة بالحرمية
ولئن سلمنا عدم المساواة لكن لا نسلم شرط المساواة في الدلالة وانما
يشترط المساواة بين التأفيف والقتل وهو لم يمتنع فيه اي لم يمتنع التكاتب
في الولاد يعني اذا ملك المكاتب اباه او ابنه يتكاتب بخلاف الاخ فانه
لا يتكاتب **قوله** وهذا هو المؤثر في الاصل اي ملك القريب هو المؤثر
في ايجاب العتق في الاصل يعني في قرابة الولاد **قوله** لانها هي التي يفترض
وصلها اي لان القرابة المؤثرة في الحرمية **قوله** حتى وجبت النفقة
لا يقال هذا منهم لا نفقة في غير الولاد على مذهب الشافعي فكيف
استدل بوجوب النفقة لانا نقول وجوب النفقة ثبت بقوله تعالى
وعلى الوارث مثل ذلك فصار كانه ثبت اجماعا فلم يلتفت الى انكار الخصم **قوله**
ولا فرق بينهما اذا كان المالك مسلما او كافرا في دار الاسلام وكذا لا فرق اذا كان
المملوك مسلما او كافرا لعموم العلة وهي صلة الرحم وانما قيد بقوله في دار الاسلام
لان الحربي اذا ملك قريبه في دار الحرب لا يعتق عليه وبه صرح في الفتاوى
الولوالجي لانه بالاعتاق لا يعتق فكذا بالملك ولهذا نص الحاكم في الكافي ان
عتق الحربي في دار الحرب باطل وكذا تدبيره ولم يذكر الخلاف وقال في المختلف
الحربي اذا اعتق عبده الحربي في دار الحرب وخلاه عتق عند ابي يوسف
وولاؤه له وقالا لا ولاء له لانه عتق بالتخلية لا بالاعتاق كالمراغم ثم قال
المسلم اذا دخل دار الحرب فاشترى عبدا حربيا فاعتقه ثمة القياس
ان لا يعتق بدون التخلية لانه في دار الحرب ولا تجري عليه احكام الاسلام
وفي الاستحسان يعتق من غير تخلية لانه لم ينقطع عنه احكام المسلمين
ولا ولاء له عندهما وهو القياس وقال ابو يوسف له الولاء وهو الاستحسان و
ذكر قول محمد مع ابي يوسف في كتاب السير **قوله** ومن يجري مجراه
اي يجري

اي يجري الاخ كالعم والخالة **قوله** والافتراض عند القدرة اي افتراض
وصل القرابة والقدرة عبارة عن صفة يتمكن بها الحي من الفعل والترك
قوله فيه اي في الولاد **قوله** وهذا بخلاف ما اذا ملك ابنة عمه وهي
اخته من الرضاع يعني لا يعتق هو عليه لان المحرمية من الرضاع
ليست بمرادة من الحديث بالاجماع لانه لا قائل بعتقها اصلا **قوله**
والصبي جعل اهلا لهذا العتق وكذا المجنون وذلك لان هذا العتق اعني عتق
القريب بالملك لا يشترط له الاختيار بل هو اثر جبري ثبت بالملك شرعا
فيعتق قريبهما عليهما بالملك ولان العتق لما تعلق به حق العبد اشبه
النفقة وهي تجب عليهما للقريب فكذا يعتق قريبهما المحرم بالملك
قوله ومن اعتق عبده لوجه الله تعالى او للشيطان او للصنم عتق
وهذه من مسائل القدوري وذلك لان الاعتاق حصل صريحا لوجود ركنه
وهو لفظ الاعتاق من الاهل وهو العاقل البالغ المالك في المحل وهو العبد المملوك
للمعتق وذكر الله تعالى ليس بشرط وانما ذكره على بيان انه قصد القربة من الاعتاق
فكان تاكيدا واثرا زايدا ولم يحصل الخلل في العتق لعدم ذكر وجه الله في
اللفظين الاخريين وهما قوله اعتقت للشيطان واعتقت للصنم لكنه
يكون عاصيا غايته ما في الباب انه نفى القربة ونفيها لا ينافي الحرية كما
اذا اعتقه على مال واراد بوجه الله تعالى رضا الله مجازا والوجه في اللغة
يجيء على معان يقال وجه الانسان وغيره وهو معروف ووجه النهار
اوله ووجه الكلام السبيل التي تقصدها به **ووجوه** القوم
ساداتهم وصرفت الشيء عن وجهه اي عن سننه كذا ذكره ابن دريد والشيطان
واحد شياطين الجن والانس يعني مردتهم والنون اصلية ان كان
من شطن اي بعد يعني عن الخير وزائدة ان كان من شاط يشيط اي هلك
وقد عرفت موضعه **واما** الصنم قال الكلبي في كتاب الاصنام اذا كان

مثمولا من خشب او ذهب او فضة صورة انسان فهو صنم واذا كان من حجارة فهو وثن **قوله** في اللفظ الاول اراد به قوله لوجه الله **قوله** وعتق المكره والسكران واقع هذا لفظ القدوري ايضا في مختصره وانما وقع عتقهما لان الاكراه والسكر لا ينافي الخطاب واثر الاكراه في تفويت الرضا ولا يتوقف العتاق على الرضا وهذا يقع عتاق الهازل ولا يقال لا اختيار له اصلا فلا يقع اعتاقه بلا اختيار لانا لا نسلم ذلك لانه ابتلي بين شرين فاختار اهونهما عليه وجعل عقل السكران باقيا حكما زجرا للمباشرة الحرام والخلاف الواقع بيننا وبين الشافعي في العتاق مثل الخلاف في الطلاق وقد استقصينا بيان ذلك في الفصل الثاني من كتاب الطلاق فينظر ثمة **قوله** وان اضاف العتق الى ملك او شرط صح كما في الطلاق وهذا لفظ القدوري في مختصره **اعلم** انه اذا اضاف العتق الى ملك فقال ان ملكتك فانت حر او اضاف الى شرط فقال لعبده ان دخلت الدار فانت حر صح كما صح ذلك في الطلاق بان قال ان ملكتك فانت طالق او قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق والاصل فيه ان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده فيصير كانه قال لعبده بعد وجود الشرط انت حر وقال لامراته بعد وجود الشرط انت طالق فيصح وبهذا يظهر ضعف قول الشافعي ان عتاق او طلاق قبل الملك فلا يصح وقد مر بيانه مستوفى في اول باب الايمان في الطلاق والى ذلك الموضع اشار صاحب الهداية بقوله وقد بيناه في الطلاق **قوله** فيجري فيه التعليق اي في الاسقاط **قوله** بخلاف التمليكات على ما عرف في موضعه اي في اصول الفقه يعني ان التمليكات لا يجري فيها التعليق لافضائه الى معنى القمار لان في جعله متعلقا بشرط لا يدري ايكون ام لا يكون خطرا وخيار الشرط في البيع ثبت نصا بخلاف القياس فلا يرد علينا نقضا **قوله** واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق وهذا لفظ

القدوري

القدوري والاصل فيه ما روى صاحب السنن باسناده الى علي بن ابي طالب قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني يوم الحديبية قبل الصلح فكتب اليهم مواليهم قالوا يا محمد والله ما خرجوا اليك رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وقال ما اراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا فابى ان يردهم وقال هم عتقاء الله عز وجل والعبدان بكسر العين وسكون الباء جمع عبد ولانه احرز نفسه بالاسلام وصار اولى الناس بنفسه فلم تجز استرقاقه ابتداء بخلاف ما اذا اسلم بعد الاسر والقسر حيث تجوز استرقاقه لان الرق حينئذ جعل من الامور الحكمية لا الجزائية فبقي الرق كما يبقى سائر الاملاك بعد وجود اسبابها **قوله** في عبيد الطايف قال في ديوان الادب الطايف بلاد ثقيف **قوله** خرجوا اليه اي الى النبي صلى الله عليه **قوله** وان اعتق جارية حاملا عتق حملها وهذا لفظ القدوري في مختصره وانما عتق الحمل باعتاق الام لانه تبع لها لانه كساير اجزايها بدليل انه لا يصح افراده بالبيع كما لا يصح افراد ساير اعضايها فلما كان كذلك عتق كساير اجزايها **قوله** ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها اي عتق الحمل دون الجارية وهذه من مسايل القدوري وهذا لان الحمل يعتق باعتاق الام تبعا لانه محل العتق فلان يعتق بسبيل الاصالة اولى اما الام فلا تعتق باعتاق الحمل لانه حينئذ يلزم قلب الموضوع لانه يكون التبع متبوعا والمتبوع تبعا وهو فاسد هذا اذا كان عتق الام تبعا فلا يكون عتقها مقصودا ايضا لعدم اضافة الاعتاق اليها وانما صح اعتاق الحمل مفردا ولم يصح بيعه وهبته لان القدرة على المبيع شرط وكذا التسليم في الهبة شرط وليسا بشرط في الاعتاق بدليل صحة اعتاق الآبق **قوله** اذ هو متصل بها اي الحمل متصل بالجارية **قوله** ولا اليه تبعا اي

اجزايها

ولا وجه الى اعتاق الجارية تبعا قال بعضهم الضمير راجع الى الحمل وليس بشئ

قوله لان التسليم نفسه بنصب السين على التاكيد قوله فافترقا

اي افترق جواز اعتاق الحمل وعدم جواز بيعه وهبته قوله ولا شئ

من ذلك اي من التسليم والقدرة قوله ولو اعتق الحمل على مال صح ولا تجب

المال وذلك لانه اذا وجب المال لا تخلو اما ان وجب على الحمل او على الام فلا

يجوز الاول لان الحمل ليس من اهل القبول والالتزام فلم تجز الزامه لعدم الا

الامكان بخلاف خلع الصغيرة حيث توقف على قبولها ان كانت من اهل القبول

لامكان ذلك ولا يجوز الثاني ايضا لان اشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يصح

ولهذا قالوا في شرح الجامع الصغير اذا قال الاجنبي للمولى اعتق عبدك على الف

علي حيث لا تجب على الضامن شئ يسلم للعبد ملك نفسه ولا يسلم للاجنبي

شئ وغرامة البدل في المبادلة لا تجوز على غير من سلم له المبدل الا بالكفالة عتق على مال

ولا يمكن تصحيحه بطريق الكفالة لانه لا تجب المال على العبد فكيف تجب

على الكفيل بخلاف اشتراط بدل الخلع على الاجنبي حيث يصح لان البضع ليس

بمتقوم حال الخروج فيكون اسقاطا فلا يسلم شئ للمرأة كما لم يسلم للاجنبي

ولان بدل الخلع بمنزلة الهبة والتبرع ولهذا اذا اختلعت المريضة يعتبر من

ثلث مالها كسائر الوصايا فجاز تبرع الاجنبي ببدل الخلع قال في الشامل في

قسم المبسوط قال لامته اعتقت ما في بطنك على الف عليك فقبلت فجاءت

بولد لاقل من ستة اشهر يعتق بلا شئ لانه لا يجوز له ان يجب له على امته

شئ لاجل غيرها قوله واشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز على ما

مر في الخلع وهذه حوالة ليست براجحة لعدم ذكر ذلك في الخلع هذا الكتاب

نعم انه مذكور في شرح الجامع الصغير وقد بينا ذلك ويجوز ان يكون ذلك اشارة

الى ما ذكره في خلع كفاية المنتهى لانه قبل هذا الكتاب قوله وانما يعرف

قيام الحمل وقت العتق اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر منه اي من وقت العتق

وهذا

يتصل بقوله وان اعتق جارية عتق حملها ولو اعتق الحمل خاصة عتق دونها

يعني انما يعتق الحمل اذا جاءت به لاقل من ستة اشهر من وقت الاعتاق

وان جاءت به لستة اشهر فلا نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي وقال ان قال

ما في بطنك حر فولدت بعد ذلك لستة اشهر لم يعتق وان ولدته لاقل من ستة

اشهر عتق وذلك لان من الجائز ان تحدث العلوق بعد اليمين في الصورة

الاولى فوقع الشك في العتق بخلاف الثانية لانا تيقنا بالحمل وقت اليمين

قال في التحفة فان كانت الامة في عدة من زوج عتق الولد اذا ولدته ما بينها

وبين سنتين منذ وجبت العدة وان كان لاكثر من ستة اشهر منذ قال

المولى لانا نحكم بثبوت نسب هذا الولد من الزوج فلا بد ان نحكم بوجود

قبل الطلاق والعتاق متاخر وقال في الشامل في قسم المبسوط قال ما في بطنك

حر ثم ضرب بطنها فالقت جنينا ميتا ان ضربها بعد العتق لاقل من ستة

اشهر يجب دية الجنين الحر لابيه ان كان له اب حر لانه حر وان لم يكن يكون

لعصبة المولى لان المولى قاتل فلا يستحق الارث وان ضرب لستة

اشهر لا شئ عليه لانه عبد وقال الحاكم في الكافي وان ولدت واحدا لاقل من ستة

اشهر بيوم وواحدا لاكثر منها بيوم عتقا قوله قال وولد الامة من مولاها

حر قال الشيخ ابو الحسين القدوري وولد الامة من مولاها حر وولدها

من زوجها مملوك لسيدها وذلك لان الولد مخلوق من ماء المولى فيعتق

عليه لقوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر ولان ابراهيم

ولد رسول الله صلى الله عليه من مارية كان حرا بالاجماع ولا يعارض ما

ماء الجارية لانها ولدها لمولاها بخلاف ما اذا ولدت الجارية من زوجها حيث

يكون الولد مملوكا لسيدها تبعا للام ولا يكون حرا تبعا للزوج اذا كان حرا لوجود

المرجح لان الولد مخلوق من مائها بيقين لانه منها حقيقة وحكما بخلاف الزوج

فان ولد الزنا ينتسب اليه حكما للفراش لا حقيقة ويحتمل ان يكون الولد من

الزنا حقيقة وينسب اليه حكما فاعتبار اليقين اولى من الاحتمال ولان ماءها
في موضعه ومستقره فيغلب ماء الرجل لقوته في موضعه ولان حق
الحضانة للام لا للاب فترجح جانبها ولانه بمنزلة عضو من اعضائها حتى
بدليل انتقاله بانتقالها وتنفسه بتنفسها الا ترى ان سرة الجنين اذا لم يقرض
بالمقراض وكذا حكما لانه يعتق باعتاق الام لان الاوصاف القارة الشرعية
في الامهات تسري الى الاولاد بخلاف الاب والحاصل ان للولد ثلثة اوجه
في التبعية في النسب يتبع الاب وفي الرق والحرية يتبع الام وفي الدين تبع
خير الابوين دينا ولا يقال اذا تبع الام يلزم ارقاق الحر فلا يجوز لانا نقول
رضي الزوج بذلك حيث تزوج الامة مع علمه انها امة بخلاف المغرور فانه لما
تزوج الامة بلا علم لم يرض باسقاط حقه فصار ولده حرا بالقيمة نظرا الى
الجانبين **قوله** والمنافاة متحققة اي بين ماء الرجل وماء المراة والمنافاة
ان لا تجتمع الاثنان في محل واحد في زمان واحد من جهة واحدة كالمتضادين
وكانه قال هذا جوابا لسؤال مقدر بان يقال كيف يكون ماء الرجل مستهلكا
بماء المراة وهما من جنس واحد ولا منافاة بينهما والجنس لا يغلب الجنس فقال
المنافاة بينهما متحققة لان طبع ماء الرجل حار وطبع ماء المراة بارد وبينهما
منافاة لا محالة وماء المراة في مستقره يزداد قوة واما الرجل في غير مستقره
فيكون مغلوبا بمائها **قوله** وولد الحرة حر على كل حال اي سواء كان زوجها ماء الرجل
حرا او عبدا وهذا لرجحان جانبها لما بينا فيتبعها الولد في الحرية كما في الرق
قوله كما في المملوكية والمرقوقية **اعلم** ان بين الملك والرق
مغايرة لان الرق ضعف حكمي به يصير الشخص عرضة للتملك
والابتذال شرع جزاء للكفر الاصلي والملك عبارة عن المطلق الحاجز اي
المطلق للتصرف لمن قام به الملك المانع عن التصرف لغير من قام به
وقد يوجد الرق ولا ملك ثمة كما في الكافر الحربي في دار الحرب
والمستامن

والمستامن في دار الاسلام لانهم خلقوا ارقاء جزاء لكفرهم ولكن لا ملك
لاحد عليهم وقد يوجد الملك ولا رق كما في العروض والبهائم لان الرق
تختص ببني ادم وقد يجتمعان كما في العبد المشترى فيتبع الولد امها في المملوكية
كما في المشتراة اذا ولدت يكون ولدها مملوكا ومرقوقا ويتبعها ايضا في
المرقوقية كالحربية او المستامنة اذا ولدت يكون ولدها مرقوقا تبعا
للام قال بعضهم في شرحه انما ذكر هذين اللفظين لتغايرهما من حيث
الكمال والنقصان لان المدبر وام الولد الملك كامل والرق ناقص وفي
المكاتب على عكسه وفيه نظر لان الرق لا يحتمل التجزي وبه صرح
اصحابنا في اصول الفقه وما لا يحتمل التجزي كيف يقبل النقصان **قوله**
وامية الولد يعني اذا زوج المولى ام ولده من رجل يكون الولد في حكم امه
على ما تجيء بيان ذلك في باب الاستيلاد **قوله** والكتابة يعني اذا كاتب
المولى امته ثم ولدت دخل الولد في كتابة الام تبعا

باب العبد يعتق بعضه

لما ذكر اعتاق الكل شرع في
البعض لان الاصل في كل ثابت كماله ونقصانه بعارض ولان الاول
متفق عليه وفي الثاني اختلاف والاصل عدم الاختلاف ولان الاول
كثير الوقوع فاستحق التقديم والثاني قليل فاخر **قوله** واذا اعتق
المولى بعض عبده عتق ذلك القدر ويسعى في بقية قيمته لمولاه عند
ابي حنيفة رح وقالا يعتق كله وهذه من مسايل القدوري واصل المسئلة
ان الاعتاق يتجزى عند ابي حنيفة رح وعند صاحبيه لا يتجزى وبه
اخذ الشافعي رح وقول مالك كقول ابي حنيفة في التجزي والمراد من التجزي
الاعتاق والملك ان يتجزى المحل في قبول حكم الاعتاق وهو زوال
الملك بان يزول في البعض دون البعض وان يتجزى المحل في قبول حكم
الملك وهو ان يكون البعض مملوكا لواحد والبعض لاخر وليس معناه ان

ذات الاعتاق اوذات الملك يتجزى لانه معنى واحد لا يقبل التجزي
لهم ان الاعتاق اثبات العتق وهو المفهوم من لغة العرب والعتق
قوة حكمية يظهر اثرها في المحل لكونه صالحا للولايات كالقضاء والشهادات
والقوة لا يثبت في المحل الا اذا زال ضدها عنه وهو الضعف الحكمي الذي
يسمى رقا فالعتق والرق لا يتجزيان بالاتفاق والاعتاق لا ينفصل عن
العتق لانه علته فلا يتجزى الاعتاق ايضا وهذا لان ما لا يتجزى اذا
اضيف الى المحل ثبت كله كالطلاق والعفو عن القصاص ولان
الاستيلاد لا يتجزى وهو حق الحرية فحقيقة الحرية اولى ولهذا اذا
استولد احد الشريكين الجارية المشتركة يتملك نصيب الاخر وتصير الجارية
كلها ام ولد له ولهذا اذا ولدت الجارية المشتركة ولدا فادعاه احدهما
واعتقها يعتق كلها بالاجماع فعلم ان الاعتاق لا يتجزى فاي فرق
بين اعتاق ام الولد واعتاق العبد يؤيده ما روى البخاري وغيره
مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه قال من اعتق
نصيبا له في مملوكه او شركا له في عبد فكان له من المال ما يبلغ قيمته بقيمة
عدل فهو عتيق ولابي حنيفة رح ما روى البخاري ايضا باسناده الى
نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه قال من اعتق
شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة
عدل فاعطي شركاؤه حصصهم وعتق عليه العبد والا فقد عتق منه ما
عتق وروى البخاري ايضا باسناده الى ابي هريرة رضي الله عنه ان
النبي صلى الله عليه قال من اعتق نصيبا او شقيصا في مملوك فخلاصه
عليه في ماله ان كان له مال والا قوم عليه فاستسعى به غير مشقوق
عليه اي لا يشتغل عليه الثمن والشقيص بفتح الشين على وزن فعيل بمعنى
الشقص وهو النصيب فدل الحديثان على تجزي الاعتاق لانه عليه السلام
قال

يعتق العبد في الحديث الاول بعد اعطاء حصص الشركاء فعلم تقديره ان
لم يكن له مال يبلغ ثمن العبد ان يبقى العتق في القدر الذي اعتقه لانه قال
عتق منه ما عتق وفي الحديث الثاني قال خلاصه عليه ان كان له مال
فلو لم يكن الاعتاق متجزيا لم يقل خلاصه عليه لانه خلص قبل واثبت
السعاية ايضا وهي دليل على التجزي ايضا لان السعاية انما تكون على
العبد فعلم انه بقي فيه ملك وحدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى
ابراهيم النخعي عن عبد الرحمن بن يزيد قال كان لنا غلام قد شهد القادسية
فابلى فيها وكان بيني وبين امي وبين اخي الاسود فارادوا اعتقه وكنت يومئذ
صغيرا فذكر الاسود ذلك لعمر ابن الخطاب رضي الله عنه فقال اعتقوا انتم فاذا
بلغ عبد الرحمن ورغب فيما رغبتم اعتق والا ضمنكم اثبت لعبد الرحمن
الاعتاق بعد بلوغه بعد ان ثبت في العبد اعتاق فدل على تجزي الاعتاق
والمراد مما رووه بعد ما ادى حصص الشركاء بدليل ما روينا فنحن نقول
بذلك والمعقول في المسئلة ان الاعتاق لا يخلو من احد الامرين اما ان
يكون اثبات العتق كما قالوا او ازالة ملك متجز يفضي زواله كله
الى العتق كما قال ابو حنيفة والحصر ظاهر لانهم لما اختلفوا في هذين المعنيين
كان اجماعا منهم ان غير ذلك ليس بمراد فبعد ذلك نقول لا يجوز ان
يكون اثبات العتق فتعين ازالة الملك وذلك لان تصرف الانسان
انما يصح فيما هو داخل تحت ولايته لا فيما ليس بداخل تحت ولايته والعتق
عبارة عن قوة شرعية جالبة للولايات وليس في ولاية العبد اثبات
تلك القوة وانما ذلك لله تعالى والملك داخل تحت ولاية العبد وهو متجز
ثبوتا كما في الارث والشراء من اثنين وكذا سقوطا كما في بيع النصف
وهبته فثبت ان الاعتاق هو ازالة الملك المتجزي لان زواله متجز ولا
يجوز ان يكون الاعتاق ازالة الرق لان الرق حق الله تعالى لان

الكفار لما استنكفوا عن عبادة الله تعالى جعلهم الله ارقاء العبيد فكان
ثبت رقهم كفرهم او كفر اصولهم اما الرق ثبت حق عامة المسلمين لكونه
كونه وسيلة الى نفعهم واقامة مصالحهم ودفع الشر عنهم فليف ما كان
لا يجوز للانسان ان يتصرف في حق غيره ولا يلزم علينا ثبوت
هذه القوة او زوال الرق اذا اعتق جميع العبيد لان ذلك لحق الله تعالى
لا بفعل العبد انما للعبد ازالة ملكه فحسب فان قلت ما الفرق بين
الملك والرق فكيف كان الاول متجزيا دون الثاني قلت الرق
عبارة عن ضعف حكمي يظهر اثره في عجز الانسان عن دفع ملك الغير عن نفسه
والملك عبارة عن المطلق الحاجز والحاصل ان التفرقة ظاهرة بين الحالة التي
بها يصح الاستيلاء على المحل وبين الحالة التي لا يصح الاستيلاء عليه نسمينا الاول
رقا والثاني حرية فعلم ان المصحح للملك هو الرق كالحيوة فانها تعني نصحح
للعلم والقدرة اما تجزي الملك فقد مر واما عدم تجزي الرق لان الرق
لا يتجزى ثبوتا فلا يتجزى سقوطا لان السقوط بحسب الثبوت وذلك
لان لا يجوز استرقاق بعض الشخص دون البعض والجواب عن قوله
ان ما لا يتجزى اذا اضيف الى المحل ثبت كله نقول لا نسلم وانما ثبت الطلاق
والعفو عن القصاص اذا اضيف الطلاق الى النصف او اضيف العفو الى النصف
على عدم التجزي لعدم الحالة المتوسطة فاثبت الطلاق والعفو في الكل
لان المحرم مع المبيح اذا اجتمعا فالمحرم اولى بيانه ان المراة تحرم بالنظر الى
النصف الذي اضيف اليه الطلاق وتحل بالنظر الى النصف الذي لم يضف
اليه الطلاق فاثبت حكم الطلاق في الكل ترجيحا للتحريم وكذلك في صورة
العفو تحل قتل القاتل بالنظر الى النصف الذي لم يضف اليه العفو وتحرم قتله
بالنظر الى النصف الذي اضيف اليه العفو فرجح المحرم بخلاف ما نحن فيه
فان هنا حالة متوسطة بين الاعتاق والعتق وهو زوال بعض الملك فلم يلزم
العتق

العتق ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان الاعتاق مما لا يتجزى والجواب
عن اعتاق ام الولد فنقول لا نسلم ان حق الحرية لا يتجزى لكنه يتجزى
لكنه يعتق الباقي في الحال لعدم اخره لانه لا فائدة في التاخير لان
ام الولد لا سعاية عليها فيتعين التضمين على المستولد فتعتق بالضمان
في الحال واما هنا والذي يصل منه البدل ليس بمتعين لانه اما العبد او
المعتق فيتاخر **قوله** يتجزى عنده اي عند ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله**
فيقتصر اي الاعتاق **قوله** ثم اي لابي يوسف ومحمد والشافعي **قوله**
واثباتها بازالة ضدها وهو الرق اي اثبات القوة الحكمية بازالة
ضد القوة الحكمية وضدها هو الرق الذي هو ضعف حكمي **قوله**
وهما لا يتجزيان اي العتق والرق لا يتجزيان فلا يتجزى الاعتاق ايضا
قوله لان الملك حقه اي حق المولى **قوله** الى ما رواه اي ورائه موضع
الاضافة **قوله** والمستسعى بمنزلة المكاتب عنده اي المستسعى
احكامه احكام المكاتب عند ابي حنيفة ما دام يسعى فلا يجوز له
التزوج الا باذن المولى ولا يهب ولا يتصدق الا الشيء اليسير ولا يتكفل
ولا يقرض الا انه اذا عجز لا يرد الى الرق لانه اسقاط محض بخلاف
الكتابة قصدا فانه اذا عجز يرد الى الرق لانه يقبل الفسخ فلما كان
كالمكاتب كان للمولى استسعاؤه واعتاقه كالمكاتب وانما جعل معتق البعض
وهو المستسعى لاحتباس مالية البعض عنده كالمكاتب لان اضافة الاعتاق
الى بعض العبد اقتضت مالكية العبد بالنظر الى ذلك البعض لان ملك
المولى زال في ذلك البعض عن العبد لكن بقاء ملك المولى في البعض الاخر
اقتضى ان لا يكون مالكا فجعلناه كالمكاتب مالكا من وجه دون وجه
عملا بالدليلين لانه مالك يدا لا رقبة **قوله** فله اي للمولى **قوله**
غيره انه اذا عجز لا يرد الى الرق هذا بيان الفرق بين المستسعى والمكاتب

لقيام ان المكاتب يرد الى الرق وهذا لا **قوله** عقد يقال ويفسخ اي يصلح
فيه الاقالة والفسخ **قوله** والاستيلاد متجز عنده اي عند ابي حنيفة رضي الله عنه
حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه اي على نصيب المستولد يعني اذا ولدت
الامة المدبرة بين رجلين ولدا فادعاه احدهما يصير نصف الجارية ام ولد له
ونصفها مدبرة لشريكه حتى انهما لو ماتا يعتق نصف الشريك من الثلث ونصف
الاخر من الجملة وولاء الولد بينهما وفي رواية كتاب الولاء نصف الولاء للثاني
وليس للاب عليه ولاء وعليه قيمة نصف الولد مدبرا يوم ولد لان الولد
في الظاهر بينهما وقد اتلف كذا ذكر شمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم
المبسوط **قوله** فكمل الاستيلاد اي بالضمان كمل استيلاد القنة ولم يدل
ذلك على ان الاستيلاد ليس بمتجز عند ابي حنيفة رح **قوله** واذا كان القن بين
شريكين فاعتق احدهما نصيبه عتق اي عتق نصيبه وانما قال عتق وان
كان العتق لا يتجزى بالاتفاق لما انه اراد به زوال ملكه في نصيبه وهذه
من مسائل القدوري قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا كان العبد بين
رجلين فاعتق احدهما نصيبه منه فهو جائز والشريك بالخيار ان شاء اعتق
حصته وان شاء استسعاه في نصف قيمته وان شاء ضمن المعتق نصف قيمته
ان كان موسرا او كان له من المال او العروض قدر قيمة نصف المملوك ويرجع به
المعتق على العبد ويكون الولاء كله له وليس له ان يضمنه ان كان معسرا فان
اعتقه او استسعاه فالولاء بينهما في قول ابي حنيفة وان كان اعتق نصيبه
باذن شريكه فلا ضمان عليه ولو اعتق احدهما نصيب شريكه منه لم
يعتق وقال ابو يوسف ومحمد اذا اعتق احدهما نصيبه منه فهو حر
كله والولاء له واحكامه احكام الاحرار فان كان المعتق موسرا ضمن
نصيب شريكه ولم يرجع بما يضمنه له على الغلام وان كان معسرا سعى
الغلام فيه ولا خيار للشريك فيه والولاء كله للمعتق وهو قول ابن ابي
ليلى

ليلى الا في حرف واحد قال يرجع الغلام بما سعى فيه على الذي اعتقه الى هنا
لفظ الحاكم وقال الفقيه ابو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير وهذا
قول الشافعي ان كان المعتق موسرا عتق كله ويضمن نصف قيمته وان
كان معسرا عتق النصف والنصف الاخر عبد على حاله يجوز بيعه وهبته
وهذه مبنية على اصلين احدهما تجزي الاعتاق عند ابي حنيفة وعدم
تجزيه عندهما لانه لما تجزى عنده زال الملك في نصيبه خاصة وفسد
نصيب الشريك فكان له الخيار ان شاء ان يعتق نصيبه او يستسعي العبد
لان ملكه باق في نصيبه وان شاء ان يضمن شريكه لان النبي صلى الله عليه
اوجب على الموسر الضمان وعندهما لما لم يتجزى عتق باعتاق البعض كله
فلم يكن له الخيار والثاني ان يسار المعتق لا يمنع سعاية العبد خلافا لهما
اما الكلام في التجزي وعدمه فقد مر مستوفى في المسئلة المتقدمة واما الكلام
في الاصل الثاني فلابي يوسف ومحمد رحمهما الله ما روى ابو هريرة رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه قال من اعتق نصيبا او شقيصا في مملوك فخلاصه عليه
في ماله ان كان له مال والا قوم عليه فاستسعي به غير مشقوق عليه وجه
الاستدلال ان النبي صلى الله عليه قسم الامرين اعني خلاص العبد وسعايته
بين الحالين اعني يسار المعتق واعساره والقسمة تقطع الشركة فلا يكون
للشريك الساكت سعاية العبد مع يسار المعتق ولابي حنيفة رضي الله عنه
ما روي عن رسول الله صلى الله عليه انه قال لا عتق فيما لا يملكه ابن ادم [illegible]
الحديث ان باعتاق نصيبه لا ينفذ العتق في نصيب شريكه لانه ليس
بمالك لنصيب شريكه فلما لم ينفذ كان نصيب الشريك باقيا على ملكه
فله ان ياخذ منه العوض بالسعاية كالكتابة ثم الشريك اذا اختار العتق
او السعاية كان الولاء بينهما لان العتق حصل منهما جميعا والبدل لا يمنع الولاء
كما في الكتابة واذا اختار التضمين انتقل نصيبه الى المعتق فكان له ان يعتق

او يستسعى لانه وجب اخراجه الى الحرية لاستحالة ان يبقى فيه الرق مع
وقوع الحرية فاي الامرين فعل كان الولاء له خاصة دون شريكه هذا
اذا كان موسرا اما اذا كان معسرا كان لشريكه الخياران اما الاعتاق
واما الاستسعاء لعدم وجوب الضمان فايهما فعل كان الولاء بينهما لحصول
العتق منهما قال الشيخ ابو نصر ومن اصحابنا من قال ان القياس ان يجب الضمان
وهو قول بشر المريسي يعني فيما اذا كان المعتق معسرا لان ضمان الاتلاف
لا يختلف باليسار والاعسار ومن اصحابنا من قال ان القياس ان لا يضمن المعتق
في الوجهين لانه تصرف في ملكه على وجه اضر بغيره فصار كمن احرق
داره فاحترقت دار جاره وانما تركوا القياس في الموسر واوجبوا عليه الضمان
بالخبر **قوله** فان كان موسرا اي المعتق **قوله** والولاء بينهما في الوجهين
اي بين الشريكين في الاعتاق والاستسعاء يعني اذا اعتق الشريك الساكت
نصيبه او استسعى العبد به **قوله** وقالا ليس له اي قال ابو يوسف ومحمد
ليس للشريك الساكت الا احد الامرين اما التضمين ان كان المعتق موسرا
واما استسعاء العبد ان كان المعتق معسرا **قوله** ولا يرجع المعتق على
العبد اي لا يرجع بما ضمن لان العبد لا تجب عليه السعاية عندهما في اليسار
وعند ابي حنيفة يرجع عليه لانه باداء الضمان قام مقام الساكت وكان
للساكت اخذ العوض منه بالاستسعاء فكذلك كان للمعتق الرجوع عليه
بما ادى ولانه ملك نصيب شريكه ضمنا لاداء الضمان فكانه اعتق
نصف عبده وبقي النصف فكان له في الباقي الاعتاق او الاستسعاء فلهذا كان
له الرجوع بما ضمن **قوله** وله انه احتبست مالية نصيبه عند
العبد اي ولابي حنيفة هذا الدليل لبيان ان يسار المعتق لا يمنع سعاية
العبد ووجهه ان مالية نصيب الشريك الساكت احتبست عند
العبد فكان للساكت ان يضمن العبد لاحتباس نصيبه عنده

الان العبد

الآن العبد فبقي لم يملك القول بتضمينه فوجب الاستسعاء كما اذا القت
الريح ثوب انسان في صبغ آخر كان لصاحب الصبغ ان يضمن رب
الثوب قيمة صبغه لاحتباس ماله عنده وهو يعني قوله لما قلناه ولا
يقال ان هذا تعليل في معارضة النص لانه اوجب السعاية اذا كان المعتق
معسرا الا اذا كان موسرا فلا يجوز لانا نقول الشرط يوجب الوجود عند
الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فافهم واحتبست على صيغة المبني
للفاعل **قوله** لان به اي بيسار التيسير وهو ان يجد ما يؤدي به نصيب الاخر
قوله يعتدل النظر من الجانبين اي من جانب المعتق وجانب الشريك
الساكت وذلك لان مقصود المعتق تحقيق القربة ومقصود الشريك
وصول بدل حقه اليه فبيسار التيسير تحصل الامران جميعا فلا حاجة
الى يسار الغنا قال في التحفة انما تعتبر القيمة في الضمان والسعاية يوم الاعتاق
لانه سبب الضمان وكذا يعتبر حال المعتق في يساره واعساره يوم الاعتاق حتى لا
يسقط الضمان اذا اعسر بعد اليسار ولا يثبت الضمان اذا ايسر بعد الاعسار
قوله واما التخريج على قوله اي تخريج المسئلة على قول ابي حنيفة يعني
انما كان للشريك الاعتاق والاستسعاء لقيام ملكه والتضمين لان
المعتق افسد نصيبه لانه امتنع فيه البيع والهبة **قوله** ونحو ذلك
اراد به التصدق والوصية **قوله** وتوابعه بالجر عطفا على الاعتاق
اي امتنع في نصيب الشريك ما سوى الاعتاق وتوابعه واراد بالتوابع التدبير
والكتابة والاستيلاد **قوله** والاستسعاء بالجر عطفا على الضمان الذي في قوله
فجاز الاعتاق لما بينا اي لانه احتبست مالية نصيبه عند العبد **قوله**
وقد كان له ذلك بالاستسعاء اي كان للشريك الساكت الرجوع بالاستسعاء
العبد فكذلك كان للمعتق ايضا لانه قام مقام الساكت **قوله** ضمنا جواب
سؤال مقدر بان يقال المستسعى كالمكاتب وذلك لا يقبل النقل من ملك الى ملك

فالمستسعى كذلك فكيف يملكه المعتق باداء الضمان فاجاب عنه بقوله ضمنا
اي كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا **قوله** في هذا الوجه اي في
وجه التضمين **قوله** ان شاء اعتق اي الساكت لما بينا اي لبقاء ملكه **قوله**
والولاء له في الوجهين اي الولاء للشريك الساكت في الاعتاق والاستسعاء في
نصيبه **قوله** ولا يرجع المستسعى على المعتق بما ادى باجماع بيننا والمستسعى
على صيغة اسم المفعول وهو العبد وانما قيد الاجماع بقوله بيننا احترازا
عن قول ابن ابي ليلى فان عنده يرجع كالمرهون اذا اعتقه الراهن المعسر والفرق
لنا ان العبد هنا يسعى في تخليص رقبته عن الرق وهو منفعة خالصة
له فلهذا لا يرجع بخلاف العبد المرهون فانه يسعى في رقبته تخلصت ويقضي
دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه **قوله** وقول الشافعي في الموسر كقولهما
اي اذا كان المعتق موسرا يعتق كل العبد ويضمن قيمة نصيب شريكه
كقول ابي يوسف ومحمد واذا كان معسرا يبقى نصيب الشريك على حاله
يباع ويوهب لانه لا وجه الى التضمين لاعسار الشريك ولا الى الاستسعاء
لعدم جناية العبد ولا الى اعتاق الكل للزوم الضرر بالشريك قلنا
لا نسلم انه لا وجه الى الاستسعاء بل له وجه وهو ان مالية نصيبه
احتبست عنده فيستسعيه ولئن قال لا نسلم الاحتباس لان عندي
يجوز للشريك بيع نصيبه وهبته لانا نقول يلزم حينئذ الجمع
بين النقيضين في محل واحد فلا يجوز لانه حينئذ يلزم ان يكون الشخص
قويا ضعيفا ومالكا مملوكا لان المعتق اعتق نصيبه وبقي ملك الشريك على
حاله وهو فاسد بمرة يؤيده ان العبد المرهون اذا اعتقه الراهن المعسر
يسعى ولم يوجد منه الجناية **قوله** فتعين ما عيناه وهو عتق
ما عتق ورق ما رق **قوله** لما في المالكية اذ للقوة **قوله** قال
ولو شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه بالعتق سعى العبد لكل
واحد

واحد منهما في نصيبه موسرين كانا او معسرين عند ابي حنيفة رح
اي قال القدوري في مختصره وتمام لفظه فيه وقال ابو يوسف ومحمد ان
كانا موسرين فلا سعاية وان كانا معسرين سعى لهما وان كان احدهما موسرا
والاخر معسرا سعى للموسر ولم يسع للمعسر واراد بالعتق الاعتاق
وجه قول ابي حنيفة رح ان كل واحد من الشريكين لما زعم ان
شريكه اعتق نصيبه كان له تضمين شريكه او استسعاء العبد اذا كان
المعتق موسرا الا ان يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده اوله الاستسعاء
فحسب اذا كان المعتق معسرا لكن الضمان انتفى لانكار الشريك فتعين
السعاية على كل حال فلم يبق فرق بين اليسار والاعسار وكان الولاء لهما
جميعا لان نصيب المعتق عتق باعتاقه ونصيب الاخر عتق بالسعاية
ولكن ينبغي لك ان تعرف ان هذا كله بعد ان تحلف كل واحد منهما على
دعوى صاحبه لان كل واحد منهما يدعي على الاخر الضمان والضمان مما
يصح بذله فيستحلف عليه وقال اصحابنا انه عبد عند ابي حنيفة حتى يؤدي
لان المستسعى عنده كالمكاتب وعندهما حر عليه دين لان الشريك لما اعتق
نصيبه عتق كله لعدم تجزي الحرية لكن على قولهما وهو قول
زفر ايضا كذا قال الشيخ ابو نصر لا سعاية على العبد اذا كانا موسرين
لان كل واحد منهما يزعم ان شريكه اعتق وهو موسر فله الضمان
عليه لا السعاية على العبد وقوله مقبول على نفسه في براءة
العبد عن السعاية وليس بمقبول على شريكه في دعوى الضمان
لانكاره اما اذا كانا معسرين يسعى لكل واحد منهما لان كل واحد منهما يزعم
ان شريكه اعتق نصيبه وهو معسر ولاحق له في تضمين المعسر وانما
حقه في سعاية العبد وكذا واما اذا كان احدهما موسرا والاخر معسرا
سعى للموسر لا للمعسر لان الموسر يزعم ان شريكه اعتق نصيبه وهو

نصيبه على العبد السعاية ولا الضمان على الشريك لانه معسر فلهذا يسعى
العبد الى يسير لا يسعى للمعسر لانه يزعم ان شريكه اعتق وهو موسر
وحقه في تضمينه لا في سعاية العبد فكان قوله مقبولا في براءة العبد
غير مقبول في تضمين الشريك لانكاره فلم يكن للمعسر شيء قال الحاكم الشهيد
رحمه الله الولاء على قولهما موقوف يعني الى ان يتفق الشريكان على اعتاق
احدهما وذلك لان كل واحد منهما يزعم ان جميع الولاء لشريكه وشريكه
يجحد ذلك ثم اعلم ان شهادة احد الشريكين على صاحبه بالاعتاق
لا يقبل لكونه شهادة الفرد وكذلك اذا كان الشركاء ثلثة فشهد اثنان
منهما على الثالث باعتاق نصيبه لانهما يثبتان لانفسهما حق الضمان او
يشهدان لعبدهما ولا يعتق نصيب الشاهد لانه لم يعترف باعتاق
نصيبه وانما زعم ان شريكه اعتق نصيبه وثبت حق الحرية في نصيب
الشاهد بحيث لا يجوز تصرفه فيه بالتمليك وقوله مقبول على نفسه
غير مقبول على شريكه ولا يجب عليه الضمان لانه لم يباشر العتق فكان
ممن وكل رجلا بعتق نصيبه فاعتقه فانه لا يضمن لانه لم يباشر العتق
كذا قال الشيخ ابو نصر قوله فصار مكاتبا في زعمه عنده اي في زعم كل
واحد من الشريكين عند ابي حنيفة وذلك لان المستسعى بمنزلة
المكاتب عنده والزعم بفتح الزاي وضمها لغتان فصيحتان كالضعف
والضعف حكاهما ابن السكيت وقرأ الكسائي قوله تعالى هذا لله
بزعمهم بضم الزاي والباقون بفتحها قال ابن دريد واكثر ما يقع الزعم
على الباطل في القرآن وفي فصيح الشعر قال الله تعالى زعم الذين كفروا ان لن
يبعثوا وقال الشاعر زعمت سخينة ان ستغلب ربها وليغلبن مغالب
الغلاب قوله لانه مكاتبه على تقدير الصدق في قوله ان شريكه
اعتق نصيبه او مملوكه على تقدير الكذب وكسب المملوك للمولى قوله
فلهذا

فلهذا يستسعيانه اي فلاجل ان العبد مكاتب او مملوك يستسعيه الشريكان
العبد لتيقن حق الاستسعاء قوله لان حقه في الحالين في حق
كل واحد من الشريكين في حال يسار شريكه الذي اعتق نصيبه وحال
اعساره في احد شيئين من تضمين الشريك واستسعاء العبد لكن الضمان
تعذر لانكار الشريك فتعين السعاية قوله على ما بيناه اشارة
الى قوله لانا تيقنا بحق الاستسعاء كاذبا كان او صادقا قوله
يحيله اي يحيل الولاء وهو يتبرأ عنه اي صاحبه يتبرأ عن الولاء
قوله ان يتفقا اي يتفق الشريكان قوله ولو قال احد الشريكين
ان لم يدخل فلان هذه الدار غدا فهو حر وقال الاخر ان دخل فهو حر
فمضى الغد ولا يدري ادخل ام لا عتق النصف وسعى لهما في النصف وهذا
عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يسعى في جميع قيمته وهذه
من مسائل الجامع الصغير المعادة ولكن لم يذكر قول ابي يوسف ومحمد في
الجامع الصغير كذا قال الفقيه ابو الليث رحمه الله في شرح الجامع الصغير
وانما ذكر قولهما في الجامع الكبير وفي عتاق الاصل وقد اوردوه في شروح الجامع
الصغير ايضا والذي ذكره صاحب الهداية ابهام لان عند ابي يوسف
انما يسعى في النصف اذا كانا معسرين واما اذا كان احدهما موسرا يسعى
له في الربع وكذلك عند محمد انما يسعى في جميع القيمة اذا كانا معسرين
واذا كان احدهما موسرا يسعى له في نصف القيمة ولكن الغرض لصاحب
الهداية انه اشار الى ما قلنا بعد هذا بقوله ويأتي التفريع فيه على
ان اليسار يمنع السعاية او لا يمنعها على الاختلاف الذي سبق ثم جواب
المسئلة مشروحا على قول ابي حنيفة رضي الله عنه انه يعتق نصف العبد
ويسعى في نصف قيمته بينهما نصفين سواء كانا موسرين او معسرين
وفي قول ابي يوسف رحمه الله ان كانا موسرين فلا يسعى في شيء وان كانا

معسرين سعى لهما في نصف القيمة لكل واحد منهما في الربع وان كان احدهما
موسرا والاخر معسرا سعى للموسر في ربع قيمته ولا يسعى للمعسر في شيء وفي
قولهما ان كانا موسرين فلا سعاية وان كانا معسرين يسعى لهما
في جميع القيمة وان كان احدهما موسرا والاخر معسرا سعى للموسر في نصف
القيمة ولا يسعى للمعسر في شيء وقد اتفق ابو حنيفة وابو يوسف على
انما لا يسعى في الثمن النصف لان النصف عتق لا محالة لانه ان كان
دخل عتق نصيب هذا بلا شيء وان لم يدخل عتق نصيب الاخر بلا شيء
فقد عتق النصف اذا بلا سعاية وبقي النصف الاخر يسعى فيه لهما لان
احدهما ليس باولى من الاخر فيسعى في ذلك النصف بينهما نصفين الا ان ابا
حنيفة لا يفرق بين اليسار والاعسار لان السعاية على اصله
واجبة على العبد على كل حال لان المعتق اذا كان معسرا ظاهر وكذا اذا
كان موسرا لان اليسار لا يمنع السعاية عنده فاذا اختار الشريك ضمان
الموسر فهو يرجع على العبد بما ضمن فكان ماله السعاية وجه قول
محمد رحمه الله ان المقضي عليه بسقوط نصف السعاية مجهول لانه
اما هذا المولى واما هذا المولى ولا يصح القضاء على المجهول ولا يمكن
القول بالتوزيع لما فيه من اسقاط السعاية لغير المعتق وايجاب
السعاية للمعتق ولان كل واحد منهما شهد على صاحبه بالحنث فكان
كعبدين بين اثنين شهد كل واحد منهما على الاخر بالاعتاق فثمة يسعى
في جميع القيمة اذا كانا معسرين فكذا هنا ووجه قولهما انا تيقنا بسقوط
نصف السعاية وهو نصيب المعتق لان احدهما حانث في يمينه لا
محالة والقضاء بالشغل مع العلم بالبراءة فاسد وجهالة المقضي عليه لا
يمنع القضاء بالسقوط اصله جهالة المقضي له كما اذا قال لاحدهما علي الف
وتزول الجهالة ايضا بالتوزيع لعدم اولوية احدهما من الاخر الا ترى
الى

الا ما نقل فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير عن كتاب التحري
في عشرة رجال لكل واحد منهم جارية فاعتق احدهم جاريته ثم ضل
لا يدري الذي اعتق والتي اعتقت ثم اجتمعن في ملك واحد ثم مات انه يحكم
بعتقهن ويسعى كل واحدة منهن في تسعة اعشار قيمتها وكذلك
ان اعتق رجل جارية بعينها من جواريه ثم مات قبل البيان فانه يشيع
العتاق فيهن بخلاف ما اذا شهد كل واحد من الشريكين على صاحبه
بالعتق حيث يسعى في جميع القيمة لانا لم نتيقن بسقوط نصف السعاية
لجواز ان يكون كل واحد كاذبا في شهادته **قوله** كما اذا اعتق احد
عبديه لا بعينه او بعينه ونسيه ومات قبل التذكر والبيان يعتق
من كل واحد منهما نصفه ويسعى كل واحد في نصفه **قوله** ولو
حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما لم يعتق واحد منهما يعني اذا
كان لكل واحد من الرجلين عبد على حدة فقال احدهما ان دخل فلان الدار غدا
فعبدي حر وقال الاخر ان لم يدخل فعبدي حر فمضى الغد ولم يدر الدخول
وعدمه لا يعتق واحد منهما ولا شيء منه في قولهم جميعا لان المقضي عليه هو
المولى مجهول وكذا المقضي له وهو العبد مجهول ايضا فلم يمكن القضاء لتفاحش
الجهالة بخلاف العبد الواحد بين اثنين فان المقضي له معلوم وكذا المقضي
وهو عتق نصف العبد معلوم لان احدهما حانث لا محالة فغلب
المعلوم المجهول **قوله** قال واذا اشترى الرجلان ابن احدهما
عتق نصيب الاب اي قال القدوري في مختصره وقال في الجامع الصغير ولا ضمان
على الاب سواء علم الشريك انه ابوه او لم يعلم وقوله اذا لم يعلم من الخواص
اعلم ان الرجلين اذا ملكا عبدا هو ذو رحم محرم من احدهما
بعقد واحد قبلاه جميعا من شراء او هبة او صدقة او وصية لا
يضمن الذي عتق عليه لشريكه شيئا عند ابي حنيفة ولكن العبد يسعى

بنصف قيمته للآخر وبقولنا الذي عتق عليه ان معسرا وعندهما
ان كان موسرا نصف قيمة العبد للشريك وان كان معسرا يسعى العبد في
نصف قيمته للشريك وكذلك رجل حلف وقال لعبد ان ملكت شقصا
منك فانت حر ثم اشتراه مع آخر لا يضمن لشريكه شيئا وان كان موسرا عند
ابي حنيفة خلافا لهما ذكر الخلاف ابو بكر الرازي في هذه المسئلة وكان ابو
الحسن الكرخي يقول لا اعرف الرواية في هذه المسئلة واما اذا ملكاه
بسبب الارث وهو ذو رحم محرم من احدهما لا يضمن الذي عتق عليه
الشريك لانه لم يوجد منه صنع وهذا بلا خلاف كذا نص الحاكم الشهيد
الكافي وشمس الائمة البيهقي في قسم المبسوط من الشامل وكذلك ذكر صاحب
التحفة فيها وفي الخلافيات ايضا وجه قولهما انه ابطل نصيب صاحبه
لان الاعتاق لا يتجزى عندهما فاذا اعتق على احد الشريكين نصيبه بملك
القريب بالنص عتق نصيب الآخر ايضا فيكون مبطلا نصيب صاحبه
فيضمن ان كان موسرا كما اذا كان العبد بين اثنين اعتق احدهما نصيبه
ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه انه رضي بافساد ملكه او بابطال
ملكه على اختلاف الاصلين ولا عدوان مع الرضا فلا يضمن للشريك كما اذا قال له
اعتق نصيبك فاعتقه وانما قلنا انه رضي بالافساد او الابطال لانه باشر علة
العتق وهي الشراء فكان منه رضا بطريق الدلالة وهذا لان البايع انما باع
العبد منهما جميعا فان كان لم يقبل الشريك ما كان يصح العقد الا بايجاب
مبتدإ فعلم انه رضي بالاعتاق حكما من طريق الدلالة لان شراء القريب اعتاق
فصار كما اذا رضي نصا وصريحا فان قلت لا نسلم انه رضي بافساد نصيبه
او بابطاله لانه ضرر والعاقل لا يرضى بالضرر وقد يدعي عوضا خطيرا
لا ستبقاء ملكه لا لافساده وابطاله قلت قد بينا انه رضي
بذلك لمباشرة علة العتق وقوله العاقل لا يرضى بالضرر لا نسلم
مطلقا

مطلقا لانه قد يرضى بذلك اذا كان ثمة نفع يعاد له او يربى عليه النفع
ظاهر لانه يثبت العتق من جهته على وجه يستحق المدح والولاء والثنا
في الدنيا والثواب في الآخرة ولا يستسعي العبد في نصف القيمة وربما تكون
نصف القيمة اكثر من نصف الثمن فذلك نفع يربى على الضرر فان قلت
لا شك ان الاعتاق لا يتجزى على مذهب ابي يوسف ومحمد رحمهما فيلزم من
اعتاق البعض اعتاق الكل ولا يصح اعتاق الكل الا بالتملك نصيب الشريك
لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم والتملك لم يشرع الا بالضمان فالرضا بالاعتاق
يكون رضا بسبب الضمان فكيف ينفي وجوب الضمان فصار كما اذا استولد احد
الشريكين الجارية المشتركة برضا الآخر يجب عليه الضمان قلت
هذا السؤال لا يرد على اصل ابي حنيفة لانه لا يتملك نصيب صاحبه لتجزي
الاعتاق عنده اما عندهما وان كان يتملك نصيب صاحبه بالاعتاق
لكن ضمنا للاتلاف لا قصدا وما ثبت ضرورة لشيء يراعى فيه حكم
ذلك الشيء لا حكم الثابت ضمنا لان ضمنيات الشيء لا تعلل بخلاف الاستيلاد
فانه تملك قصدا لا ضمنا للافساد فلم يبطل الضمان بالرضا على انا نقول ان
الاعتاق ضمان افساد لا ضمان تملك بدليل ان احد الشريكين اذا قال
لصاحبه اعتق نصيبك فاعتق لا يضمن وكذا اذا ورثاه واعتق نصيب
القريب لا يضمن فلو كان ضمان تملك لضمن كما اذا ورثا ام ولد لاحدهما بان
كانت ولدت له بالنكاح فان قلت سلمنا انه ضمان افساد
لكن لا نسلم ان ضمان الافساد ينتفي اذا وجد الرضا بدل عليه مسئلة الجامع
الكبير ان احد الشريكين اذا قال لصاحبه ان ضربت العبد الذي بيننا
فهو حر فضربه حتى عتق على الحالف نصيبه يضمن الحالف ان كان موسرا
نصيب الضارب وان عتق برضاه قلت قال العتابي في
شرح الجامع قال مشايخنا ما ذكر في الكتاب يعني في الجامع انه يضمن الحالف

نصيب شريكه ان كان موسرا فكذلك قولهما اما على قول ابي حنيفة فينبغي ان
لا يضمن لان شريكه لما باشر شرط العتق فقد رضي بافساد نصيبه ومنهم من
قال ما ذكر في الكتاب قول الكل والفرق لابي حنيفة ان الرضا بما يناسب
العتق وله اثر في العتق يكون رضا بافساد نصيبه وشرا القريب اعتاق
فيكون مؤثرا في العتق وكذا الملك له اثر في العتق لان العتق لا يثبت دونه
واما ههنا فالضرب لا يناسب العتق والعتق يثبت دونه فلا يكون الرضا
به رضا بالعتق لا محالة وسبب الضمان وجد قطعا فلا يبطل حكمه بالرضا
بالشك بخلاف ما اذا علق المريض طلاق امراته بفعلها الذي لها منه بد ففعلت
حيث تحرم عن الميراث لان تهمة الابطال وجد قطعا فاذا وجد الرضا من وجه
عمل الابطال عمله **قوله** عتق نصيب الاب اي والملك في نصيبه لان العتق
لا يثبت ما لم يزل جميع الملك اتفاقا فاذا سعى الابن في نصيب الشريك حينئذ يثبت
العتق فيه عند ابي حنيفة **قوله** وكذلك اذا ورثاه اي ورث الرجلان ابن
احدهما صورته امراة اشترت ابن زوجها ثم ماتت المراة عن زوج واخ لاب وام
فيكون نصف العبد للزوج الذي هو اب فيعتق عليه والباقي للاخ وكذا اذا كان
لرجلين ابن عم وله جارية فزوجها احدهما فولدت ولدا ثم مات ابن العم عتق
الولد على الاب وكذا اذا كان للمراة زوج واب ولها عبد هو ابن زوجها فماتت المراة
كان العبد ميراثا نصفه لزوجها الذي هو الابن والباقي لاب المراة **قوله**
حلف بعتقه ان اشترى نصفه قيد بالنصف لانه اذا حلف بعتقه ان اشتراه
لا يعتق بشرا النصف لعدم الشرط **قوله** لانه شاركه فيما هو علة العتق وهو
الشرا فيه تسامح لان شرا القريب علة الملك والملك علة العتق فيكون
الشرا علة العلة والحكم كما يضاف الى العلة يضاف الى علة العلة **قوله**
كما اذا اذن له باعتاق نصيبه صريحا بان قال احد الشريكين لصاحبه
اعتق نصيبك فاعتقه لا يضمن **قوله** ودلالة ذلك اي دلالة الرضا
بافساد

بافساد نصيبه **قوله** وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما لانه نص على
قولهما في كتاب المكاتب ان احد الشريكين اذا قال لصاحبه كاتب نصيبك
فكاتب فادى وعتق لا يضمن المكاتب نصيب شريكه ولا فرق بين
الاعتاق بالكتابة والاعتاق بالشرا وذلك لان الضمان بطل بالرضا وانما
قيد بالظاهر احترازا عما روي عن ابي يوسف اذا قال لصاحبه اعتق
نصيبك فاعتق يضمن جعله ضمان التملك حيث لم يسقط الضمان بالرضا وذلك
رواية ابي يوسف علاء الدين العالم في طريقة الخلاف **قوله** ولا يختلف
الجواب بين العلم وعدمه وهو ظاهر الرواية عنه اي عن ابي حنيفة وهو
ذلك لانه منصوص في الجامع الصغير واحترز بالظاهر عن رواية ابي الحسن
ابن زياد انه اذا لم يكن عالما بانه ابوه لا يكون راضيا وقال ابو الليث في
شرح الجامع الصغير ذكر ابو يوسف في الامالي اذا كان الشريك لم يعلم
اشتراه فهو بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء نقض لان البيع قد تغير قبل
القبض كما اذا اشترى عبدا فاعتقه احدهما قبل القبض كان الاخر بالخيار
اجاز او نقض **قوله** كما اذا قال الغير كل هذا الطعام وهو مملوك للامر
ولا يعلم الامر بملكه اي كان لا يعلم الامر ان الطعام له بل للغير على ظن
انه ليس له اورد هذه المسئلة نظيرا على ان الحكم يدار على السبب اي
لم يوجد العلم ففي ان الامر باكل الطعام وهو سبب لنفي الضمان عن الاكل لما
وجد انتفى الضمان عن الاكل وان لم يعلم الامر بان الطعام ملك الامر فكذا
في مسئلتنا لما باشر الشريك السبب اي علة العتق وهو شرا القريب الاخر معه
كان ذلك منه رضا بنفي الضمان وان لم يعلم ان العبد ذو رحم محرم من صاحبه
قال شمس الائمة السرخسي في الجامع الصغير هو بهذه المشاركة مباشر لسبب
اسقاط حقه في الضمان ولا يختلف ذلك بعلمه وجهله بمنزلة الغاصب اذا
اطعم المغصوب للمغصوب منه فتناوله وهو لا يعلم ان هذا الطعام

طعامه لا يكون له ان يضمن الغاصب شيئا **قوله** وان بدأ الاجنبي شرا
فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الآخر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن
الاب وهذه من مسائل الجامع الصغير ويضمن الاب في هذه الصورة في قولهم جميعا
لان الرضا لم يوجد من الشريك لعدم مشاركته مع الاب فيما هو علة العتق
وقد اتفقوا في الضمان واختلفوا في الخيار فعند ابي حنيفة الشريك بالخيار
ان شاء ضمن الاب ان كان موسرا وان شاء استسعى العبد لاحتباس المالية
عنده وان شاء اعتقه وعندهما ان كان موسرا ضمنه الشريك وان كان معسرا
استسعى العبد كالخلاف في عبد بين اثنين اعتقه احدهما **قوله** ومن اشترى
نصف ابنه وهو موسر فلا ضمان عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن وهذه من
مسائل الجامع الصغير قال صاحب الهداية معناه اذا اشترى نصفه ممن
يملك كله فلا يضمن لبائعه شيئا عند ابي حنيفة لانه رضي بافساد نصيبه
بمشاركته فيما هو علة العتق وعندهما يضمن لانه ابطل نصيب صاحبه
بالاعتاق وهذان الدليلان ارادهما بقوله في المتن والوجه قد ذكرناه
وقيد بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب احد الشريكين
يضمن للساكت بالاتفاق كما في المسألة المتقدمة **قوله** واذا كان العبد
بين ثلثة دبره احدهم وهو موسر ثم اعتقه الآخر وهو موسر فارادوا الضمان
الى آخره وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وانما قال ارادوا بصيغة الجمع بسبيل
التغليب وهذا لان المعتق لا يريد الضمان **اعلم** ان العبد اذا دبره احدهم ثم
اعتقه الآخر وهما موسران كان للساكت ان يضمن المدبر ثلث قيمته قنا
ويرجع به المدبر على العبد نص عليه الحاكم في الكافي وليس له ان يضمن المعتق
لانه لو ضمنه كان الملك له بالضمان والمدبر ليس بقابل للملك سوى المدبر
وانما يضمن الساكت المدبر اذا كان موسرا وان شاء استسعى العبد في ثلث قيمته
فاذا كان المدبر معسرا فللساكت الاستسعاء دون التضمين ثم المدبر في
نصيب

نصيب نفسه يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ان كان المعتق موسرا
وان شاء استسعى العبد فيه لانه افسد تدبيره فيضمنه ومالية العبد
احتبست عند العبد فيستسعيه اما اذا كان المعتق معسرا فللمدبر ان يستسعي
العبد دون التضمين كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
وليس للمدبر ان يرجع على المعتق بالثلث الذي ضمن للساكت لان
ملك المدبر في ذلك الثلث ثابت من وجه دون وجه وذلك لانه
ثبت مستندا باداء الضمان فبالنظر الى حال اداء الضمان ثبت له
الملك والى حال التدبير لم يثبت له الملك فلما كان كذلك لم يظهر في
حق التضمين ثم الساكت اذا اختار تضمين المدبر كان ثلثا الولاء
للمدبر والثلث للمعتق وان اختار سعاية العبد كان الولاء بينهم اثلاثا
وبه صرح الفقيه وهذا كله قول ابي حنيفة رضي الله عنه اما على قولهما لما
دبره احدهم صار كله مدبرا له والعتق باطل لان التدبير عندهما لا
يتجزى كالاعتاق عندهما ويضمن ثلثي قيمته لشريكيه سواء كان المدبر
موسرا او معسرا والولاء كله للمدبر وانما يقع الفرق بين العتق والتدبير
في حرف وهو ان المعتق لا يضمن اذا كان معسرا وفي التدبير يضمن وان
كان معسرا لانه لما دبره فقد تملك كله لانه تملك كسبه وخدمته
فصار وجوب الضمان بالبدل والضمان اذا كان بالبدل استوى فيه
العسر واليسر كجارية بين رجلين جاءت بولد فادعاه احدهما
صارت ام ولد له ويضمن نصف قيمتها ونصف عقرها موسرا كان او
معسرا لانه تملك كسبها واستمتاعها بخلاف ضمان الاعتاق فانه
ضمان اتلاف لا ضمان تملك لانه لا يحصل له البدل بالضمان فاختلف
باليسر والعسر بالحديث ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى العبد
قوله لانه شعبة من شعبه اي لان التدبير شعبة من شعب الاعتاق

فيكون معتبرا به اي يكون العتق بين معتبرا بالاعتاق فيجزي كما يجزي
الاعتاق **قوله** لان نصيبه باق على ملكه الضمير المجرور في الموضعين
راجع الى كل واحد من الآخرين **قوله** فاسدا حال من ملكه **قوله**
بافساد شريكه اي شريك كل واحد منهما واراد بالشريك المدبر **قوله**
حيث سد عليه طرق الانتفاع به بيان الافساد اي سد المدبر على كل
واحد من الشريكين طرق الانتفاع بالعبد من البيع والهبة والوصية و
الصدقة والامهار **قوله** على ما مر اشارة الى قوله لان المعتق جانٍ عليه
بافساد نصيبه حيث امتنع عليه البيع والهبة ونحو ذلك ذكره في المسئلة الثانية
من هذا الباب **قوله** فتوجه للساكت سببا ضمان فسر السببين
بتدبير المدبر واعتاق المعتق يعني ان كل واحد منهما سبب للضمان **قوله**
غير ان له اي للساكت **قوله** اذ هو الاصل اي ضمان المعاوضة هو الاصل في الضمان
لان الضمان يقتضي ان يصير المضمون ملكا للضامن ولا يكون ذلك الا في ضمان
المعاوضة لا في ضمان الجناية وقد امكن ذلك في التدبير لانه حين دبر كان نصيب
الساكت محتملا للتملك بالضمان ولم يمكن في الضمان الاعتاق لانه حين اعتق
لم يكن نصيبه محتملا للتملك بسبب التدبير السابق فلو اوجبنا الضمان على
المعتق للساكت لكان ضمان جناية فلا يصار اليه الا عند تعذر ضمان المعاوضة
ولم يتعذر لانه يضمن المدبر ولهذا جعل ضمان الغصب ضمان المعاوضة
حتى صح اقرار المأذون به بان قال غصبت من فلان فلما جعل الغصب ضمان
معاوضة مع انه ليس بمشروع فلان يكون التدبير اولى فهو مشروع **قوله**
ولا يتمكن ذلك اي لا يمكن النقل من ملك الى ملك حين اعتقه المعتق بسبب
التدبير السابق **قوله** عند ذلك اي عند الاعتاق **قوله** على
اختلاف الاصلين يعني ان معتق البعض مكاتب عند ابي حنيفة وعندهما
حر عليه دين **قوله** لانه افسد عليه نصيبه مدبرا اي لان المعتق افسد
على المدبر

على المدبر نصيبه الذي دبره **قوله** قيمة المدبر ثلثا قيمته قنا بيانه ان العبد
لو كان قيمته سبعة وعشرين دينارا فالساكت يضمن المدبر حصة الساكت
تسعة لانها ثلث قيمته قنا والمعتق يضمن حصة المدبر ستة لانه قيمة
المدبر ثلثا قيمة القن والثلثان من سبعة وعشرين ثمانية عشر و
نصف الذي دبر ثلث ذلك وهو ستة لا محالة ولا يضمن المدبر المعتق
التسعة التي ملكها بالضمان لما مر ثم **اعلم** ان في قيمة المدبر اختلاف
المشايخ قال ابو القاسم البلخي قيمته نصف قيمة القن لانه ينتفع بالمملوك
على وجهين بعينه وببدله فالانتفاع ببدله فائت والانتفاع بعينه
باق كذا في النوازل وقال بعضهم تمام قيمة القن قال الصدر الشهيد
هذا غير سديد وذكر القاضي الامام علي السغدي في فوائده قيمته ثلثا
قيمة القن لان منفعة الوطء والسعاية باقية ومنفعة البيع زائلة
وقيمة ام الولد ثلث قيمة القن وقال بعضهم قيمته قيمة الخدمة ينظر كم
يستخدم مدة عمره من حيث الحزر والظن كذا في التتمة والفتاوى
الصغرى **قوله** على ما قالوا اشارة الى اختلاف المشايخ الذي بيناه **قوله**
ولا يضمنه اي لا يضمن المدبر المعتق الثلث الذي ملكه باداء الضمان الى
الساكت **قوله** لان ملكه اي ملك المدبر في نصيب الساكت مستندا اي
الى وقت التدبير ثابت من وجه اي نظرا الى حال اداء الضمان دون
وجه اي ليس بثابت من وجه نظرا الى حال التدبير **قوله** والولاء بين
المعتق والمدبر اي بين عصبة المدبر والمعتق لان العتق لا يثبت
للمدبر الا بعد موت مولاه **قوله** ثلثاه للمدبر والثلث للمعتق اي
ثلثا الولاء لان العبد عتق على ملكهما على هذا الوجه لان المدبر عتق
عليه الثلث من جهة ملكه من الساكت والثلث الآخر نصيبه في
الاصل هذا اذا اختار الساكت تضمين المدبر اما اذا اختار سعاية

العبد فالولاء بينهم جميعا لان الكل واحد منهم الثلث وقد مر **قوله** وإذا كانت
جارية بين رجلين زعم احدهما انها ام ولد لصاحبه فهي موقوفة يوما ويوما
خدمة المنكر عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا ان شاء المنكر استسعى الجارية في نصف
قيمتها ثم تكون حرة لا سبيل عليها وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة والمراد من
كونها موقوفة يوما ان ترفع عنها الخدمة يوما وان لا يكون للمقر عليها سبيل
وهذا الذي ذكره من قول ابي يوسف هو قوله اولا وقد رجع عنه **الى قول**
ابي حنيفة هكذا نص الحاكم الشهيد في الكافي اما جنايتها موقوفة اي الى
ان يتبين الحال بتصديق احدهما صاحبه الى هنا قول ابي حنيفة وعلى قول ابي
يوسف اولا وهو قول محمد تسعى في جنايتها بمنزلة المكاتب وتاخذ الجناية
عليها فتستعين بها كذا في الكافي ايضا وذكر في المختلف في باب محمد ان نفقتها
في كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر ولم يذكر في النفقة الخلاف
وقال ابو الحسن علي بن محمد بن علي في شرحه للمنظومة وهو تلميذ ظهير الدين
المرغيناني نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها وان
لم يكن لها كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر بيقين وقال
فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير اختلف مشايخنا في الخدمة
للمنكر يوما هل هو ثابت عندهما ام لا **قال** قال الصواب عندنا ان يكون
ذلك عند ابي حنيفة خاصة فاما عندهما فلا خدمة للمنكر عليها وجه
قول ابي يوسف الاول وهو قول محمد ان المقر لما لم يصدق في اقراره انقلب
اقراره على نفسه فصار بمنزلة المستولد فلما صار كالمستولد عجز المنكر عن استخدام
الجارية في نصيب نفسه فلما عجز عن الاستخدام تعين الاستسعاء لتعذر ايجاب
الضمان على المقر للمنكر لان المقر يدعي الضمان على المنكر ولا تسعى للمقر لانه يدعي
ضمان التملك على الشريك لا السعاية الا ان الضمان لا يثبت لانكار الشريك والسعاية
هنا كسعاية ام الولد للنصراني اذا اسلمت لانه لما عجز عن استخدامها لاسلامها
استسعاها

استسعاها فاخرجت الى العتق بالسعاية نظرا للجانبين لان ملك النصراني
محترم فلا يجوز ان يبطل مجانا ووجه قول ابي حنيفة وهو قول ابي
يوسف المرجوع اليه ان المقر لا يخلو من احد الامرين اما ان كان صادقا
او كاذبا فان كان صادقا فخدمة الايام كلها للمنكر لانها ام ولده وان
كان كاذبا فنصف الخدمة للمنكر لانها قنة بينهما والنصف متيقن فثبت
ويكون النصف الآخر موقوفا ولا تسعى الجارية للمنكر لان المقر ان كان
صادقا كان كلها ام ولد ولا سعاية على ام الولد وان كان كاذبا فهي قنة
بينهما فلا سعاية عليها في الحال اما المقر فلا تخدمه الجارية ولا تسعى له لانه
لما ادعى الاستيلاد على شريكه تبرأ عن خدمتها ولما ادعى الضمان عليه تبرأ عن
سعايتها فعلم بهذا ان في قول صاحب الهداية **لفا ونشرا** وهو قوله ولا
خدمة للشريك الشاهد ولا استسعاء لانه يتبرأ عن جميع ذلك بدعوى
الاستيلاد والضمان فافهم وههنا نحتاج الى زيادة البيان قد ذكرها الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير وهي ان المنكر اذا مات عتقت الجارية
بشهادة الآخر ولا سعاية عليها للشاهد وتسعى لورثة المنكر في نصف
قيمتها في قول ابي حنيفة رضي الله عنه **قوله** والاقرار بامومية الولد
يتضمن الاقرار بالنسب هذا جواب عن قولهما انقلب اقرار المقر عليه كانه
استولدها نفى لا نسلم الانقلاب لان الاستيلاد يتضمن النسب لا ينفسخ ولا
يرتد كما اذا اقر بنسب صغير لغيره فكذبه المقر له ثم ادعى نسبه لنفسه
لا يصح فكذا هنا لكنا نجعل المقر صادقا في حق نفسه لا مبتليا من نفسه
قوله وان كانت ام ولد بينهما فاعتقها احدهما وهو موسر فلا ضمان
عليه عند ابي حنيفة وقالا يضمن نصف قيمتها وهذه من خواص الجامع
الصغير صورته جارية بين رجلين ولدت ولدا فادعياه جميعا فصارت
ام ولد لهما ثم اعتقها احدهما وهو موسر لا ضمان عليه عند ابي حنيفة و

وعند ابي يوسف ومحمد ان كان المعتق موسرا ضمن نصف قيمتها وان كان معسرا سعت للساكت في نصف القيمة والاصل في المسئلة ان ام الولد ليست بمتقومة عند ابي حنيفة ومتقومة عندهما لهما انها كانت متقومة قبل الاستيلاد ولم يثبت بالاستيلاد الا حق العتق لا حقيقة العتق فلا يزول التقوم باستحقاق العتق لعدم التنافي كالمدبر يوضحه ان المستولد يطأها ويؤاجرها ويستخدمها كرها فعلم ان التقوم لم يزل والوطء لم يشرع الا باحد الملكين ملك النكاح وملك اليمين والاول منتف هنا فتعين الثاني وملك اليمين لا يكون الا في المتقوم ولهذا تسعى ام ولد النصراني اذا اسلمت بالاتفاق والسعاية انما تكون اذا بقي التقوم ولابي حنيفة ان التقوم يبتني على الاحراز ولهذا لا يثبت التقوم في الصيد والحشيش والماء قبل الاحراز وام الولد لا تحرز احراز الاموال بل تحرز احراز المنكوحات لانها تحصن وتحرز للنسب ولهذا تصير فراشا بعد الاستيلاد فدل ان التقوم زال عنها ولهذا لا تسعى لغريم ولا وارث بخلاف المدبر فانه تسعى لغريم وكذا الوارث اذا لم تخرج من الثلث ففسد القياس على المدبر وفي ام الولد النصراني اذا اسلمت حكمنا بحريتها بالسعاية نظرا للجانبين حتى لا تبقى المسلمة تحت الكافر ولا يبطل ملك المحترم مجانا فكانت في معنى المكاتبة وهو بدل الكتابة لا يقتضي التقوم لانه مشروع بمقابلة ما ليس بمال وهو فك الحجر فلم يدل سعاية ام ولد النصراني على التقوم **قوله** وعلى هذا الاصل تبتني عدة من المسائل اوردناها في كفاية المنتهى وكفاية المنتهى اليوم مفقودة في هذه الديار ولكن المسائل المبتناة على هذا الاصل مشهورة مذكورة في الكتب قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وكذلك على هذا الاختلاف ام ولد بين اثنين مات احدهما حتى عتقت لم تسع للآخر عند ابي حنيفة وسعت عندهما وكذلك ام ولد بين اثنين ولدت ولدا فادعاه احدهما يثبت النسب

النسب منه ولا شيء عليه لشريكه من ضمان ولا سعاية وقالا يضمن نصف قيمتها لشريكه ان كان موسرا او تسعى في نصف قيمتها ان كان معسرا بخلاف المدبر في هذا كله وكذلك رجل باع امة حاملا فولدت لاقل من ستة اشهر بعد البيع ثم ماتت الام عند المشتري فادعى البائع الولد يصح وعلى البائع ان يرد جميع الثمن ولا يحبس بازاء الام شيئا عند ابي حنيفة وعندهما يحبس حصتها من الثمن وكذلك على هذا الاختلاف رجل غصب ام ولد رجل فهلكت عنده لم يضمن شيئا عند ابي حنيفة وضمن قيمتها عندهما **قوله** وفي سعاية التقوم اي في وجوب السعاية على ام ولد النصراني علامة تقوم الولد **قوله** غير ان قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا اي على ما قال مشايخنا يعني ان ام الولد متقومة عندهما لكن قيمتها ثلث قيمتها اذا كانت قنة لان الفائت منها منفعتان وهما البيع والسعاية والباقي منفعة واحدة وهي الاستخدام وما شابهه من الوطء والاجارة وفي المدبر فات منفعة البيع فحسب فكان قيمة كل منها على حسب ما فات **قوله** والاحراز للتقوم تابع له اي للنسب يعني انها كانت محرزة للمالية والتقوم قبل الاستيلاد فلما احرزت بعد الاستيلاد للنسب كان الاحراز للتقوم تابعا لانه ظهر ان احرازه كان للنسب فصار كان الاحراز للتقوم لم يوجد اصلا فلم يبق مضمونا **قوله** ولهذا لا تسعى لغريم ولا لوارث ايضاح لكونها محرزة للنسب لا للتقوم **قوله** وهذا لان النسب فيها متحقق في الحال اشارة الى قوله لا تسعى يعني انها انما لا تسعى لان سبب الحرية متحقق في الحال وهو ثبوت الجزئية بين المولى وام الولد بواسطة الولد لانه لما حصل الولد منهما من حيث لا يمتاز احدهما من الآخر صار اصوله وفروعه كاصولها وفروعها وبالعكس وثبوت الجزئية يقتضي ان لا يكون ام الولد قنة متقومة لان ارقاق الجزء حرام فلا تسعى لانتفاء التقوم فيها بخلاف المدبر اذ لم يوجد فيه ما ينفي التقوم لعدم الجزئية

قوله ويقع المدبر ينعقد السبب بعد الموت اي سبب الحرية وهذا تناقض من
صاحب الهداية في كل الحكم لانه جعل التدبير هنا سببا بعد الموت وجعله في
باب التدبير سببا في الحال ومذهب علمائنا ان التدبير سبب في الحال بخلاف سائر
التعليقات فانها ليست باسباب في الحال عندنا وسيجي الكلام فيه في ذلك الباب
ان شاء الله تعالى قوله وامتناع البيع فيه ليتحقق مقصوده اي مقصود المولى
ذكر هذا جوابا لسؤال يرد على ما قال لقوله ينعقد السبب بعد الموت بان
لم قلتم بامتناع بيعه فاجاب عنه وقال الامتناع لتحقق مقصود المولى
من التدبير وهو الحرية وان كان السبب لم ينعقد في الحال فلم يدل على سقوط
التقوم قوله وفي ام ولد النصراني مر بيانها انفا

باب عتق احد العبدين

لما فرغ عن بيان اعتاق بعض عبد واحد شرع
في اعتاق احد العبدين لان احدهما بعض ايضا لكن قدم الاول لكون
الواحد مقدما على الاثنين قوله ومن كان له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان الى
اخره وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة رضي الله عنه في رجل له ثلاثة اعبد دخل عليه اثنان منهم فقال احدكما
حر ثم خرج احدهما ودخل اخر فقال احدكما حر وذلك في حال الصحة ثم مات قبل
البيان عتق نصف الاول وثلاثة ارباع الثابت ونصف الداخل وقال محمد
يعتق ربع الداخل فان قال ذلك في المرض كان الثلث بينهم على هذا اعلم
ان العبد الذي خرج نسميه خارجا والذي لم يخرج نسميه ثابتا والذي دخل
نسميه داخلا فبعد ذلك نقول الخارج يعتق منه النصف والثابت يعتق
منه ثلاثة الارباع بالاتفاق بيانه ان الايجاب الاول اوجب عتق رقبة داير
بين الخارج والثابت حيث تحتمل ان يراد به هذا او ذاك وليس احدهما باولى من الاخر
فتنصف بينهما عتق رقبة فاصاب كلا منهما النصف لكن الثابت عتق منه
ربع اخر بالايجاب الثابت لانه اوجب عتق رقبة بين الداخل والثابت فتنصف بينهما

لعديم

لعدم الاولوية لكن النصف الذي اصاب الثابت شاع في نصفيه فما اصاب نصفه
المستحق بالعتق بالايجاب الاول لغا وما اصاب غير المستحق صح فتنصف النصف
الشايع فيعتق بالايجاب الثاني وربع الثابت بالايجاب الاول نصفه فيكون ثلاثة
ارباع ولان الايجاب الثاني لو اريد به الثابت يعتق نصفه الباقي ولو اريد به الداخل
لا يعتق النصف الباقي من الثابت فاذن يعتق من الثابت نصفه الباقي
في حال دون حال فيتنصف النصف فيعتق بالايجاب الاول وبالثاني
ربعه ولا يقال لم لا يجعل الايجاب الثاني بيانا على ان المراد بالايجاب الاول
هو الثابت لانا نقول لئلا يلزم ابطال حرية مستحقة للخارج عند
محمد ولانعدام الحرية نازلة في العين عند التكلم بالكلام الثاني عند ابي
يوسف رحمه الله واما الداخل ففيه اختلاف كما ذكرنا وجه قول محمد
ان الايجاب الثاني داير بين الثابت والداخل وقد اصاب منه الربع
الثابت بالاتفاق فينبغي ان يصيب الداخل كذلك ولان الايجاب
الثاني يصح في حال دون حال لان الثابت لو اريد بالايجاب الاول لا يصح
الايجاب الثاني لانه يصير كانه قال لعبده وحر احدكما حر فيلغو ولو لم
يكن الثابت مرادا بالايجاب الاول يصح الايجاب الثاني فاذن ينطح من
الايجاب الثاني نصفه فيقع به عتق نصف رقبة داير بين الداخل
الثابت فيصيب كل واحد منهما الربع ووجه قولهما ان الايجاب
الثاني لو اريد به الداخل عتق ولو اريد به الثابت يعتق الباقي منه
ولا يعتق الداخل فاذن عتق الداخل في حال دون حال فتنصف العتق بينهما
فعتق نصف الداخل وكان ينبغي ان يعتق النصف الباقي من الثابت
ايضا الا ان النصف الذي اصابه شاع في نصفيه فما اصاب النصف المعتق
لغا وما اصاب النصف الباقي صح فتنصف النصف ونصف النصف الربع
وان كان هذا القول في المرض فان كانوا يخرجون من الثلث فالجواب

هكذا وان اجازوا كان الثلث وهو عتق رقبة يقسم بينهم على قدر سهام وصاياهم
لان العتق حينئذ وصية والوصية تنفذ من الثلث فيضرب كل
بقدر وصيته فيجعل اولا كل رقبة على اربعة اسهم لحاجتنا الى ثلثة الارباع
فالخارج يضرب بنصف الرقبة وهو سهمان فكذا الداخل ويضرب الثابت
بثلثة الارباع وهي ثلثة اسهم فجموع سهام الوصايا سبعة فاذا كان الثلث
سبعة كان جميع المال احدا وعشرين وثلثاه اربعة عشر لامحالة فيعتق من
الخارج سهمان ويسعى في الخمسة وكذلك الداخل ويعتق من الثابت ثلثة اسهم
ويسعى في الاربعة اما على قول محمد يضرب الخارج بسهمين والثابت بثلثة
اسهم والداخل بسهم فكان سهام الوصايا ستة فاذا كان الثلث ستة كان
جميع المال ثمانية عشر لامحالة فالخارج يعتق منه سهمان ويسعى في اربعة والثابت
يعتق منه الثلثة ويسعى في ثلاثة والداخل فالداخل يعتق منه سهم ويسعى في
خمسة فكان نصيب السعاية وهو نصيب الورثة اثنى عشر وسهام الوصايا
ستة هذا اذا مات المولى ثم اذا لم يمت ومات الثابت عتق الخارج والداخل
اما الخارج فلان الكلام الاول اوجب عتق رقبة بينه وبين الثابت فبطلت
مزاحمة الثابت وكذلك الكلام الثاني اوجب عتق رقبة بين الثابت والداخل
فبطلت مزاحمة الثابت هذا عندهما واما عند محمد فانما يعتق الخارج لما
قلنا واما الداخل فلان الثابت لما تعين للرق بالموت ظهر ان الكلام الثاني
صحيح بكل حال فصار قوله كقولهما وان مات الداخل قيل للمولى اوقع العتق
الاول على ايهما شئت من الخارج والثابت فان اوقعه على الخارج عتق الثابت
ايضا لانه ظهر انه كان عبدا عند الايجاب الثاني فبطل مزاحمة الداخل بموته وان
اوقع العتق الاول على الثابت لم يعتق الخارج بلا شبهة وكذا الداخل لان المضموم
اليه حر قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات هذا عند محمد فاما
عندهما يجب ان يعتق الخارج والثابت لان الكلام الثاني صحيح لتعين له الثابت
بموت

بموت الداخل فاوجب تعين الثابت تعيين الخارج بالكلام الاول وان ثبت
الخارج تعين الثابت بالكلام الاول وبطل الكلام الثاني لان المضموم اليه
حر اما اذا لم يمت المولى والعبيد ايضا ولكن المولى فان عين الخارج بالكلام الاول
خير في الآخرين لان الكلام الثاني صحيح بكل حال على هذا الوجه وان عين
الثابت بقي الخارج عبدا وكذا الداخل لان المضموم اليه حر وان عين الثابت
بالكلام الثاني عتق الخارج بالكلام الاول ولم يعتق الداخل وان عين الداخل بالكلام
الثاني خير في تعيين الخارج او الثابت بالكلام الاول **قوله** الذي اعيد
عليه القول اراد بالقول قوله احدكما حر والذي اعيد عليه القول الثابت
قوله في العبد الاخير هو الداخل **قوله** لان الثاني اي الايجاب الثاني
دائر بينه اي بين الثابت وبين الداخل **قوله** بالثاني في نصفيه اي بالايجاب
الثاني في نصفي الثابت **قوله** فما اصاب المستحق بالاول لغا اي الذي
اصاب من النصف الشايع النصف المستحق بالايجاب الاول لغا والمستحق بفتح
الحاء اي المستحق بالعتق **قوله** فيكون له الربع اي للثابت والربع نصف
النصف **قوله** لو اريد هو اي الثابت بالثاني اي بالايجاب الثاني **قوله**
نصفه اي نصف الباقي والضمير راجع الى الثابت **قوله** ولو اريد به
اي بالايجاب الثاني **قوله** لا يعتق هذا النصف اي النصف الباقي من
الثابت **قوله** ومن الآخرين بفتح الخا اراد بهما الخارج والداخل **قوله**
استقام الثلث والثلثان لان سهام الوصايا سبعة وسهام السعاية
اربعة عشر **قوله** ولو كان هذا في الطلاق وهن غير مدخولات اي
لو كان هذا الكلام في الطلاق وهي مسئلة الزيادات تحتج بها محمد
عليهما وهي ان رجلا له ثلاث نسوة ولم يدخل بهن فقال لامرأتين منهن
احداكما طالق ثم خرجت واحدة منهما ودخلت الثالثة فقال احداكما طالق
فمات قبل البيان فنقول الكلام الاول صحيح لامحالة يسقط به نصف

الصداق للطلاق قبل الخلوة موزعا بين الخارجة والثابتة يسقط من
مهر كل واحدة منهما الربع اما الكلام الثاني فانه يصح في حال دون حال
لانه لو اريدت الخارجة بالكلام الاول يصح الكلام الثاني لو اريدت
الثابتة بالكلام الاول لا يصح الكلام الثاني لانه حينئذ يصير جامعا بين
المطلقة والمنكوحة بقوله احداكما طالق فيلغو فلو كان صحيحا لسقط
نصف المهر موزعا بين الثابتة والداخلة ولو لم يكن صحيحا لم يسقط بذلك
الكلام شيء اصلا فيسقط نصف النصف وهو الربع موزعا بينهما فيصيب
كل واحدة منها الثمن لان نصف الربع الثمن فيسقط من مهر الخارجة ربعه
بالكلام الاول ويبقى لها ثلاثة الارباع ويسقط من مهر الثابتة بالكلام الاول
الربع وبالكلام الثاني الثمن فذلك ثلاثة اثمان لان الربع ثمنان ويبقى لها خمسة
اثمان مهرها ويسقط من مهر الداخلة الثمن بالكلام الثاني ويبقى لها سبعة اثمان
ثم قال محمد رحمه الله الكلام الثاني دائر بين الثابتة والداخلة فكما سقط من
مهر الثابتة الثمن بالكلام الثاني سقط من مهر الداخلة ايضا كذلك فينبغي
ان يكون في باب العتاق ايضا كذلك حتى يكون نصيب الداخل من الحرية بالكلام
الثاني مثل نصيب الثابت وهو الربع لا النصف وجوابه قال الشيخ ابو المعين
النسفي في شرح الجامع ومسئلة الزيادات وهي مسئلة الطلاق ممنوعة
عند بعض مشايخنا والمذكور فيه قول محمد يسقط من مهر الداخلة
على قولهما الربع لا الثمن ويبقى لها ثلثة الارباع ومسئلة عند بعض مشايخنا
واليه ذهب الشيخ ابو سهل الشرعي في شرحه للجامع الكبير وفرق بان
الثابت بمنزلة المكاتب لانه حين تكلم كان له حق البيان وصرف
العتق الى ايهما شاء من الثابت والداخل فما دام له حق البيان كان كل
واحد من العبدين بمنزلة المكاتب لانه حر من وجه عبد من وجه
فاذا كان الثابت كالمكاتب كان الكلام الثاني صحيحا من كل وجه لانه
دائر بين

دائر بين المكاتب والعبد الا انه اصاب الثابت من الحرية الربع وفي الداخل
النصف لما قلنا فاما الثابتة في باب الطلاق فمترددة بين ان يكون منكوحة
وبين ان يكون اجنبية لان الخارجة لو كانت هي المرادة بالكلام الاول
كانت الثابتة منكوحة فيصح الكلام الثاني وان كانت الثابتة مرادة
بالكلام الاول كانت اجنبية فيلغو الكلام الثاني فجعلت اجنبية من
وجه دون وجه فصح الكلام الثاني من وجه دون وجه فيسقط نصف النصف
وهو الربع موزعا بين مهر الداخلة والثابتة فيصيب كل واحدة منهما
الثمن قال الشيخ ابو المعين في شرح الجامع ثم هذا عند ابي حنيفة مستقيم
فان الثابت بمنزلة المكاتب لان الثابت في الباب ان بعضه عتق ومعتق
البعض كالمكاتب عنده ومستقيم عند محمد ايضا لان معتق البعض حر
كله وليس كالمكاتب لهذا قال انه حر في حال رقيق في حال فيشكل من حيث الظاهر
على قول ابي يوسف فان العتق عنده غير متجزئ ثم هنا جعل الدائر بين
الرق والحرية بمنزلة المكاتب حتى حكم بصحة الكلام الثاني وحل الاشكال ان الثابت
عنده صار حرا كله بعد موت المولى لما عتق نصفه كما مر واصله الا ان المولى حين
تكلم كان الايجاب صحيحا لانه ما دام حيا كان له ولاية البيان وصرف
العتق الى ايهما شاء فكان كل واحد بمنزلة المكاتب لتردد حاله اذ ما دام
هذا حاله لم يثبت فيه شيء من الحرية بيقين ومعتق البعض انما يكون حرا كله
عنده اذا ثبت فيه شيء من الحرية بيقين ولم يثبت هنا قبل موت المولى
شيء من الحرية في الثابت باليقين وكان مترددا بين الرق والحرية فكان
كالمكاتب ثم اعلم ان ميراث النساء وهو الربع او الثمن ينقسم بين الداخلة
والاوليين نصفين نصفه للداخلة لانه لا يزاحمها الا احدى الاوليين والنصف
الاخر بين الاوليين لان احداهما ليست باولى قوله وقد ذكرنا الفرق
اي بين العتاق والطلاق وتمام تفريعاتها في الزيادات بنصب الميم عطفا

على الفرق وتفريعات المسئلة في العتاق وقد بيناها اذا مات بعض العبيد
او بيعت منهم احد لكن الحكم بعتق الباقي اما تفريعاتها في الطلاق فمنها حكم الميراث
قد بيناه ايضا ومنها ان الثابتة لو ماتت والزوج حي طلقت الخارجة و
الداخلة لما قلنا من انعدام المزاحمة في العتاق ولكل واحدة ثلثة الارباع المهر وان
ماتت الداخلة كان مخيرا في الاخريين بالكلام الاول فان اوقعه على الخارجة
طلقت الثابتة ايضا لانعدام مزاحمة الداخلة بالموت وان اوقعه على الثابتة
لم تطلق الخارجة وان ماتت الخارجة طلقت الثابتة ولم تطلق الداخلة لما مر
في مسئلة العتاق ومنها اذا لم يمت واحدة منهن لكن الزوج اوقع الطلاق الاول
على الخارجة صح الكلام الثاني وله الخيار في تعيين الثابتة او الداخلة بالثاني
وان اوقع الطلاق الاول على الثابتة لغا الكلام الثاني وان اوقع الطلاق الثاني
على الداخلة كان له الخيار في تعيين الخارجة او الثابتة بالكلام الاول وباقي
التفريعات تعرف في الزيادات في باب من الطلاق الذي يقع على امراة بغير عينها
ثم يكون عليها بعينها **قوله** ومن قال لعبديه احدكما حر ثم باع احدهما وهذه
من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في رجل قال لعبديه احدكما حر ثم باع احدهما قال يعتق الاخر وان
مات احدهما عتق الاخر وان قال لاحدهما انت حر بعد موتي عتق الاخر وكذلك
لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما طلقت الاخرى قال الحاكم
الشهيد في الكافي لو قال لعبديه احدكما حر ثم مات احدهما او قتل او
باعه او وهبه او دبره عتق الباقي اعلم انه اذا قال لعبديه احدكما
حر او قال هذا حر او هذا او سماهما فقال سالم حر او مبارك يؤمر بالبيان
لانه المجمل فيصرف العتق الى ايهما شاء ثم البيان يثبت صريحا ودلالة
فالاول كقوله اخترت ان يكون هذا حرا باللفظ الذي قلت او يقول
انت بذلك العتق او يقول اعتقتك بالعتق السابق والثاني اذا باع احدهما
مطلقا

مطلقا او بشرط الخيار لاحد المتبايعين او باع بيعا فاسدا وقبضه المشتري على
ما ذكره في شرح الطحاوي وتحفة الفقهاء او لم يقبضه على ما ذكره في الفتاوى
الولوالجي او كاتب او دبر او رهن او اجر فانه يكون بيانا في هذا كله ولو استخدم
احدهما او قطع يد احدهما او جنى على احدهما لا يكون بيانا في قولهم كذا في
شرح الطحاوي وان اعتق احدهما عتقا مستانفا يعتقان جميعا هذا باعتاقه
وذلك باللفظ السابق وان قال عنيت به العتق باللفظ السابق
صدق في القضاء كذا في شرح الطحاوي **ثم** اعلم انه لما وجب عليه بيان
العتق في احدهما وقد خرج احدهما عن ملكه بالموت والاعتاق والبيع تعين
الباقي للعتق المبهم لان البيان اظهار فيه شبهة الانشاء فلم يبق الذي خرج عن
ملكه محلا للانشاء وانما قلنا ذلك لان قوله احدكما نكرة في الاصل معرفة بالاشارة
ومن حيث انه غير عين نكرة ومن حيث انه لا يعدو هذه الجملة معرفة و
يحتمل ان يراد به العين فيكون البيان اظهارا محضا ويحتمل ان يراد به
غير العين فيكون البيان انشاء فكان البيان انشاء من وجه اظهارا
من وجه وبالخروج عن الملك بطل محل الانشاء فتعين الاخر وبالتدبير و
الاستيلاد قصد الانتفاع الى وقت الموت فتعين المقصود بالانتفاع
للملك وتعين الاخر بالعتق ولانه لما تصرف تصرفا يختص بالملك كالبيع و
التدبير والكتابة والرهن والاجارة فقد عين الذي تصرف فيه للملك
فتعين الاخر للعتق دلالة وروي في الفتاوى الولوالجي عن محمد رحمه الله
فيمن قال لاحد هذين ابني او قال لاحد هاتين انت ولدي فمات احدهما او ماتت
احداهما لم يتعين القائم للحرية والاستيلاد لان كلامه اخبار بصيغته فصح
اظهاره في الميت بخلاف ما نحن فيه فان البيان فيه معنى الانشاء والميت
ليس بمحل للانشاء **قوله** والمعتق من جهته بالبيع اي لم يبق العبد
بالبيع محلا للعتق من جهة الذي قال احدكما حر فتعين الاخر **قوله**

في العتق من كل وجه بالتدبير فبقيت محلاً للعتق الملتزم من
كل وجه بعد التدبير لان المدبر استحق الحرية فيتعين الاخرى دلالة
قوله والمقصود اي من الثاني العتق الملتزم اي المقصود بالبيع وهو
الوصول الى الثمن والمقصود بالتدبير وهو ابقاء الانتفاع الى الموت
كلاهما ينافي العتق الملتزم لانه يلزم من اثبات احدهما عدم الاخر فلما
ثبت المنافي للعتق في احدهما تعين الاخر للعتق دلالة **قوله** وكذا اذا
استولد احداهما للمعينين يعني اذا وطي احدى الاثنين بعد قوله لهما احداكما
حرة يتعين الاخرى للعتق اذا علقت منه وانما قيدنا بالعلوق لان مجرد
الوطء ليس ببيان عند ابي حنيفة في العتق كما سيجي بعد هذا واراد بالمعينين
ما قال لهما في التدبير وهما عدم بقائهما للعتق من كل وجه بعد الاستيلاد
لانها استحقت الحرية وبقاء الانتفاع الى الموت **قوله** ولا فرق بين
البيع الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه اي بدون القبض في البيع الفاسد ذلك
لان التصرف الذي يختص بالملك يوجد في الكل واطلاق جواب الجامع الصغير يدل
على هذا لانه قال باع احدهما ولم يقيده **قوله** لاطلاق جواب الكتاب
اراد بالكتاب الجامع الصغير **قوله** والمعنى ما قلنا وهو انه قصد الوصول
الى الثمن والوصول الى الثمن ينافي العتق فيتعين الاخر للعتق **قوله** والعرض
على البيع ملحق به في المحفوظ عن ابي يوسف اي العرض على البيع ملحق بالبيع في
القول المحفوظ عنه قال في شرح الطحاوي وروى ابن سماعة عن ابي يوسف
اذا ساوم احدهما يكون بيانا يعني ان الاخر يتعين للعتق **قوله** والهبة
والتسليم والصدقة والتسليم بمنزلة البيع لانه تمليك ولنا فيه نظر لانه لم
يشترط التسليم في البيع الفاسد مع ان الملك فيه لا يثبت الا بعد القبض وههنا اشترط
التسليم والحق عندي ان لا يشترط التسليم في الفصلين جميعا لوجود تصرف
يختص بالملك فيهما ولهذا اطلق الحاكم فيهما جميعا وقد مر مرة **قوله** وكذلك
لو قال

لو قال لامرأتيه احداكما طالق ثم ماتت احداهما لما قلنا يعني تتعين الاخرى
وهي الحية للطلاق لان الميتة لم تبق محلا للطلاق بالموت واشار بقوله
لما قلنا الى قوله لانه لم يبق محلا للعتق بالموت يعني ان العبد لم يبق محلا
للعتق بالموت فكذلك المراة لم تبق محلا للطلاق بالموت **قوله** وكذا
لو وطي احداهما اي احدى المراتين لا احدى الاثنين لما بين في المسئلة
التي بعد هذه **قوله** ولو قال لامتيه احداكما حرة ثم جامع احداهما لم تعتق
الاخرى عند ابي حنيفة وقالا تعتق وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة
وهذا الخلاف فيما اذا لم تعلق اما اذا وطي احداهما فعلقت يكون بيانا عند
ابي حنيفة ايضا نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال احداكما مدبرة ثم
وطي احداهما لا يكون بيانا بالاجماع لان التدبير لا يزيل ملك المنافع
كذا في شرح الطحاوي لهما ان الوطء تصرف يختص بالملك لانه لا يحل الا في الملك
فاقدامه على الوطء دل على اختيار الملك في الموطوءة لان العاقل المتدين
لا يطأ من لا يحل له وطيها فاذا اختار الملك في الموطوءة تعينت الاخرى للعتق
كالبيع والاستيلاد والتدبير والكتابة والرهن والاجارة ولهذا اذا اشترى
جاريتين على انه بالخيار في ايتهما شاء ثم وطي احداهما كان بيانا وكذا اذا قال
لامراتيه احداكما طالق ثم وطي احداهما كان بيانا ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان العتق متعلق بالبيان فقبل البيان كان الوطء حلالا لما كان فلم يكن الوطء
دليلا على البيان فلا يجعل بيانا لان جعل الوطء بيانا يدور مع الحاجة الى حل الوطء
وجودا وعدما الا ترى انه لو اشترى الاثنين بالخيار يكون الوطء بيانا لان الوطء لم يكن
ثابتا فكانت الحاجة ماسة اليه ولو علق عتق احدى امتيه بدخول الدار ثم
وطي احداهما لا يكون الوطء بيانا للعتق في الاخرى لعدم الحاجة لان حل الوطء
قائم فاذا كان جعل الوطء بيانا يدور مع الحاجة الى حل الوطء وجودا وعدما لم
يجعل الوطء بيانا فيما نحن فيه لعدم الحاجة لان الحل قائم ولهذا قال ابو حنيفة

بل له وطيهما جميعا لان ... الشهادة القايمة على عتق الامة
تقبل من غير دعواها لانها تضمنت حرمة الفرج ثم الشهادة على عتق احدى
الامتين لا تقبل لان الشهادة لم تتضمن تحريم الفرج لان اعتاق المنكرة لا
يوجب حرمة الوطء ولانهما استويا في وطء غير المولى فكذلك في وطء المولى
بيانه فيما قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير انه لو وطيهما اجنبي
فالعقران جميعا يكونان للمولى كانهما جميعا في ملكه فكذلك في وطء نفسه
كانهما على ملكه فاذا كان هكذا لا يكون في الوطء بيانا فكان حيا على حاله
او نقول ان العتق نازل في المنكرة لا المعينة لان الاعتاق بينهم فكان
ايقاع العتق في حق حكم تختص المنكرة على معنى انه يمكن اثباته بدون
التعيين والوطء يصادف المعينة وبين المنكرة والمعينة مضادة فلا
يحتمل الاعتاق المبهم المعينة للتضاد فكان حل الوطء قايما كما كان بيانه
فيما ذكر في السائل في قسم المبسوط انه لو قتلهما معا رجل يجب نصف قيمة
كل واحدة نصف ديتها لانه حكم يصح اثباته بدون التعيين لان احدهما حرة
بيقين ولا يعرف فيتنصف في حق الضمان ولو قتلهما رجلان معا تجب على كل
واحد منهما قيمة امة لانه لا يمكن ايجاب القيمة على احدهما والدية على
الاخر الا بتعيين محل العتق فلا يظهر العتق في حقه اصلا فاذا عرفت ان الايقاع
المبهم يظهر في حق حكم يختص المنكر ولا يظهر في حق حكم تختص المعين
فعلى هذا كان ينبغي ان لا يصح بيانه لانه يختص بالمعين بالاجماع لكنا نقول ان
الشرع لما جوز الاعتاق المبهم وامر بالبيان صح بخلاف القياس فلم يرد علينا
ثم الفرق بين العتاق والطلاق حيث كان الوطء بيانا في الثاني دون
الاول ان النكاح مشروع للوطء لقصد الولد الا ترى انه لا يحل نكاح من ولد
لا تحل وطيها فكان الوطء دليلا على استبقاء الملك بخلاف ملك اليمين فانه لم يشرع
للوطء ولهذا شرع في موضع لا يتصور حل الوطء اصلا كالامة المجوسية
والاخت

والاخت الرضاعية فان الملك ... على الوطء لم يكن الوطء على الملك
ايضا لان المقصود من وطء الامة قضاء الشهوة لا الولد قوله وهي معتدة اي
الموطوءة قوله ولهذا حل وطيهما اي وطء الامتين جميعا بعد قوله احداكما
حرة على مذهب ابي حنيفة رضي الله عنه كذا صرح العالم في طريقة الخلاف
وفيه ايضاح لقوله الملك قايم في الموطوءة قوله الا انه لا يفتى به اي بحل
وطيهما وهو استثناء من قوله حل وطيهما اي يعلم هذا ولا يفتى به قال في شرح
الطحاوي اذا قال لعبديه احدكما حر يجبر على البيان فاذا مات قبل البيان انقسم
ذلك عليهما ولا يملك الورثة البيان بخلاف ما لو اعتق احد عبديه بعينه
ثم نسيه لم يجبر على البيان لمخافة ان يسترق الحر لكن لو بين الورثة يصح
لانه اختلط حر بعبد قوله ومن قال لامته ان كان اول ولد تلدينه غلاما
فانت حرة فولدت غلاما وجارية ولا يدري ايهما ولد اولا عتق نصف الام
ونصف الجارية والغلام عبد وهذه مسايل الجامع الصغير المعادة قال
ابو جعفر الطحاوي في مختصره وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وهو قول
محمد الاول ثم قال محمد بعد ذلك اذا تصادقوا بعد ذلك على انهم لا يعلمون
اي الولد الاول لم تعتق من الجارية ولا من ولدها شيء لانا لم نتيقن حصول العتق
فنستعمل فيه الاحوال ولا تجوز ايقاع العتق بالشك وقال في شرح الطحاوي
روي عن محمد انه قال لا يعتق واحد منهم اعلم ان هذه المسئلة على وجوه ستة
كما فصلوها في شروح الجامع الصغير احدها ان تصادقوا انهم لا يدرون ايهما ولد
اولا فالجواب ان الام والجارية تعتق من كل واحدة منهما النصف وتسعى كل واحدة
منهما في النصف لان كل واحدة منهما تعتق في حال ولا تعتق في حال لان الغلام لو كان
ولد اولا فالام تعتق لوجود شرط العتق وتعتق الجارية ايضا تبعا للام لانها
ولدت من ام حرة وان كانت الجارية ولدت اولا لا تعتق احد منهما لانعدام شرط
العتق فلهذا يعتق من كل واحدة منهما النصف وتسعى في النصف والغلام عبد على

بحالٍ تقدمت ولادتها او تاخرت والوجه الثاني ان تدعي الام ان الغلام
اول وانكر المولى ذلك وقال ان الجارية هي الاولى والجارية صغيرة فالجواب
ان القول قول المولى مع يمينه على العلم وانما وجب عليه اليمين لانه انكر شرط العتق
والقول قول المنكر مع اليمين لكنه يحلف على العلم لانه استحلاف على فعل الغير
ومن حلف على فعل الغير حلف على العلم اصله حديث القسامة فاذا حلف لا يثبت عتق
احد وان نكل عتقت الام والجارية لان الجارية صغيرة فصار الام خصما عنها لكون حريتها
نفعا محضا فعتقتا جميعا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما يصح خصومة
الام عن البنت ما دامت صغيرة وان كانت كبيرة لم تصح والوجه الثالث ان
يتصادقوا ان الجارية هي التي ولدت اولا فالجواب انه لا تعتق احد لانعدام شرط العتق
والوجه الرابع ان يتصادقوا ان الغلام ولد اولا فالجواب انه يعتق الام لوجود
شرط العتق وكذا الجارية تبعا للام والغلام عبد لان الغلام قد انفصل عن الام في حال
الرق فلم تعتق تبعا ايضا والوجه الخامس ان تدعي الام ان الغلام الاول
ولم تدع الجارية شيئا والجارية كبيرة حلف المولى على العلم لما قلنا فان حلف لم
يثبت عتق احد وان نكل عتقت الام دون الجارية لان النكول انما صار حجة
باعتبار الدعوى ودعوى الام نيابة عن الجارية لا يصح لعدم الانابة ولم يوجد
الولاية على الجارية ايضا فلم يصح دعواها عنها فلم يعتبر النكول في حق الجارية في
الوجه السادس ان تدعي الجارية ولم تدع الام شيئا فان حلف المولى لا
يثبت عتق احد وان نكل تعتق الجارية دون الام لان النكول جعل حجة
باعتبار الدعوى ولم يوجد الدعوى من الام لا بالاصالة ولا بالانابة وقال
الحاكم الشهيد في مختصر الكافي ولو كان قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت
حرة وان كانت جارية فهي حرة فولدتهما فان علم ايهما اول عمل على ذلك وان لم
يعلم واتفق الام والمولى على شيء فكذلك وان قالا لا ندري فالغلام رقيق
والابنة حرة وتعتق نصف الام وقال شمس الائمة في شرح الكافي لانها ان ولدت
الغلام

الغلام اولا فهي حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية اولا فالجارية حرة
والغلام والام رقيقان فالام يعتق في حال دون حال فيعتق نصفها
والعبد عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها او بعتق الام ثم
قال شمس الائمة وان كان قال اول ولد تلدينه غلاما فانت حرة فولدت
غلاما وجارية فان ولدت الغلام اولا فالغلام رقيق والام والجارية
حرتان وان ولدت الجارية اولا فهم ارقاء والام يعتق في حال دون حال
فيعتق نصفها وكذلك الجارية والغلام رقيق بيقين وذكر في الكيسانيات
عن محمد في هذا الفصل انه لا اعلم يعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى
بالله ما يعلم انها ولدت الغلام اولا فان نكل عن اليمين فنكوله
كاقراره وان حلف فهم ارقاء بخلاف الفصل الاول لان هناك تيقنا بحرية
بعضهم واعتبار الاحوال بعد التيقن بالحرية صحيح وهنا لم نتيقن بشيء من
الحرية لجواز انها ولدت الجارية اولا فلا معنى لاعتبار الاحوال ولكنها تدعي
عليه شرط العتق وهو منكر فالقول قوله مع يمينه الى هنا لفظ شمس
الائمة في شرح الكافي **قوله** فالقول قوله مع اليمين اي القول
قول المولى مع اليمين على العلم **قوله** فعتقتا اي الام والجارية **قوله**
والمسئلة بحالها اي ادعت الام ان الغلام هو المولود اولا وانكر المولى **قوله**
لما قلنا اشارة الى قوله وصحة النكول تبتني على الدعوى **قوله**
وبهذا القدر يعرف ما ذكرنا من الوجوه في كفاية المنتهى اي وبهذا القدر
من البيان اجمالا يعرف ما ذكرنا من الوجوه تفصيلا في كتاب كفاية المنتهى
واراد بها الوجوه الستة التي ذكرناها انفا **قوله** قال واذا شهد رجلان
على رجل انه اعتق احد عبديه فالشهادة باطلة عند ابي حنيفة الا ان
يكون في وصية استحسانا ذكره في العتاق اي ذكر الاستحسان في عتاق
الاصل وقال لو قالا اي الشاهدان كان هذا عند الموت استحسنت

ان اعتق من كل واحد منهما نصفه وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقول احد عبدي
مدبر حر وشهد عليه شاهدان بذلك قال شهادتهما باطلة الا ان تكون في
وصية وهو ان يقول القائل ويترك ورثة فينكرون فالشهادة جائزة وهو قول
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد الشهادة جائزة في الصحة ويجبر على ان
يوقع العتق على احدهما بعينه اعلم ان الشهادة على عتق الامة جائزة
بالاتفاق وكذا الشهادة على طلاق المراة وعلى طلاق احدى النساء جائز
بالاتفاق والشهادة على عتق العبد بلا دعواه لا تجوز عند ابي حنيفة رح
خلافا لهما وكذا الخلاف في الشهادة على عتق احدى الامتين لهما ان هذه شهادة
لله تعالى لان العتق حق لله تعالى لان من حق الله تعالى ان لا يسترق الاحرار
فصار كالشهادة على الطلاق ولهذا يقبل الشهادة على عتق الامة بالاتفاق
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان هذه شهادة على حق العبد فلا يقبل
من غير دعواه كما في دعوى المال لان المقضي له مجهول فلا يقبل شهادتهما
كما اذا شهد انه سرق مائة درهم من هذا او هذا والمراد بحق العبد ما تعلق به
نفع عاجل يختص ببعض العباد والعتق بهذه المثابة لان العتق عبارة عن
القوة الحكمية التي يظهر اثرها في دفع تملك الغير عنه فيكون حق العبد انما
قبلت الشهادة على عتق الامة بلا دعواها لان عتقها يتضمن تحريم الفرج
على معنى ان بضعها يحرم على مولاها بالعتق وتحريم الفرج حق الله تعالى فلا يشترط تحريم الفرج
الدعوى في حقه تعالى بخلاف الشهادة على عتق احدى الامتين لانها لا
يتضمن تحريم الفرج عند ابي حنيفة رضي الله عنه لان العتاق المبهم ليس
بنازل عنده ولهذا قال تحل وطئهما جميعا وقد مر ذلك هذا اذا كانت الشهادة
في صحته فاما اذا شهد في مرض موته انه قال في مرض موته هذا احدكما حر
او شهد بعد موته انه قال في مرض موته احدكما حر او شهد في مرضه بالتدبير
في احدهما

في احدهما غير عين او شهد بعد وفاته انه دبر احدهما في الصحة او في المرض
ففي القياس لا تقبل الشهادة وفي الاستحسان تقبل كذا ذكر فخر الاسلام
وغيره في شروح الجامع الصغير وجه القياس ان المقضي له مجهول
فلا يتحقق الدعوى من المجهول فلا تقبل الشهادة بلا دعوى وجه
الاستحسان ان العتق في مرض الموت وصية وكذا التدبير في الصحة
او في المرض والوصية تجري فيها من التوسعة ما لا يجري في غيرها ولهذا
جازت الوصية في المجهول وفي ما لم يكتسب بعد فاذا كان مبناها
على التوسعة جازت الشهادة مع الجهالة او نقول لما كان العتق في مرض
الموت او التدبير وصية كان المقضي له معلوما لان الخصم في تنفيذ الوصية
هو الموصي وهو معلوم وعنه خلف هو الوصي او الوارث فقبلت الشهادة
بخلاف حال الحياة فان الشهادة للعبد لا للمولى لان المولى لا يدعي والعبد الذي
وقعت الشهادة له مجهول لا يقال للمولى في حالة الحياة حظ في العتق
وهو معلوم لانا نقول حظ العتق له انما يكون اذا كان مقرا وهو منكر فيكون
الشهادة للعبد وهو مجهول في حال الحياة والطريق الاخر للاستحسان
ان العتق يشيع في العبدين جميعا بالموت حيث يعتق نصف كل
واحد منهما بموت المولى فكان كل واحد منهما خصما معلوما فوجب
قبول البينة قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير
وان شهدا بعد موته انه قال في حياته وصحته احدكما حر فلا نص فيه واختلف
فيه مشايخنا في قول ابي حنيفة ان كان الطريق هو الوصية لم تقبل
ههنا وان كان الطريق هو الشياع قبلت البينة ههنا والصحيح ان تقبل
لجواز ان يكون معلولا بعلتين فيتعدى باحدهما **قوله** الا ان تكون
في وصية اي الا ان تكون الشهادة في وصية كما اذا شهد انه اعتق احد
عبديه في مرض موته فحينئذ تقبل الشهادة عنده ايضا **قوله** وهذا

بالاجماع اي جواز الشهادة ... بطلاق احدى النسا بالاجماع قوله وقال
ابو يوسف ومحمد رحمهما الله الشهادة في العتق مثل ذلك اي تقبل قوله
واذا كان دعوى العبد شرطا للعتق عند ابي حنيفة رضي الله عنه لم
تتحقق الدعوى في مسئلة كتاب الجامع الصغير لكون المدعي مجهولا قوله
على ما ذكرناه اشارة الى قوله وله ان الملك قائم في الموطوءة ولهذا حل وطيها
قوله وعنه خلف اي عن الموصي وهو الوصي او الوارث اي الخلف هو
الوصي او الوارث فيهما اي في القيدين قوله ولو شهدا بعد موته انه
قال في صحته احداكما حرة قيل لا تقبل وانما قال بلفظ قيل لانه لا نص فيه عن
اصحابنا ولكن المشايخ اختلفوا فيه وقد مر بيان الاختلاف والله اعلم

باب الحلف بالعتق

والمراد بالحلف
بالعتق ان تجعل العتق جزاء على الحلف بان تعلق العتق بشيء ثم شرع في
بيان التعليق بعد ما ذكر مسائل التنجيز لان التعليق قاصر في كونه سببا
لانه ليس بسبب في الحال عندنا والحلف بكسر اللام مصدر قولهم حلف بالله
يحلف حلفا وحلفا قوله ومن قال اذا دخلت الدار فكل مملوك لي يومئذ
فهو حر وليس له مملوك فاشترى مملوكا ثم دخل عتق وهذه من المسائل
المعادة في الجامع الصغير وذلك لان قوله يومئذ ظرف لقوله كل مملوك
يعتق كل مملوك له سواء كان مستحدثا بعد اليمين او لم يكن اذا وجد في ملكه
حينئذ اعني وقت الدخول لانه علق حرية المملوك المضاف الى ذلك
الوقت بالدخول بخلاف ما اذا لم يذكر قوله يومئذ بل قال اذا دخلت الدار فكل
مملوك لي حر لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف لانه ارسل الملك ارسالا والملك
المرسل يراد به الحال لان المستقبل موهوم فلا يعتبر فصار كانه قال فكل
مملوك لي في الحال فلو علق بكذا بذكر الحال لا يعتق ما اشتراه بعد الحلف فكذا
هذا قوله لما قلنا اشارة الى قوله والمعتبر قيام الملك وقت الدخول
قوله

قوله لم يعتق ما اشتراه بعد الحلف قوله ومن قال كل مملوك لي ذكر فهو
حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لم يعتق وهذه من خواص الجامع الصغير
وقوله ذكر ليس باحتراز على انه صفة لمملوك وانما لا يعتق المولود ذكرا سواء
ولدته لستة اشهر فصاعدا او لاقل من ستة اشهر من وقت الحلف لان العتق مضاف
الى المملوك المطلق والجنين ليس بمملوك مطلقا لانه مملوك تبعا للام فصار
فصار مملوكا مقيدا فلم يتناوله مطلق الكلام الا ترى انه عضو من
وجه بدليل انه ينتقل بانتقال امه ويتغذى بتغذيها واسم المملوك المطلق
يتناول النفس الكاملة دون العضو فلما لم يكن الحمل مملوكا مطلقا لم يعتق
وان ولدته ذكرا ولهذا لا تجب على المولى صدقة الفطر لاجل الحمل ولا يجوز
اعتاقه عن الكفارة فصار كالمكاتب حيث لا يدخل تحت قوله كل
مملوك لي فهو حر لانه ليس بمملوك يدا لا رقبة الا اذا نويه قال
صاحب الهداية وفائدة التقييد بوصف الذكورة انه لو قال كل مملوك لي حر يدخل
الحامل فيدخل الحمل تبعا لها والدليل على هذا ما اورده الولوالجي في فتاواه
بقوله لو قال كل مملوك لي حر وله عبيد وامهات اولاد ومدبرون
ومكاتبون عتقوا جميعا الا المكاتبون وان قال نويت الرجال دون المكاتبين صح
النساء لم يدين في القضاء كذا نص الحاكم لانه اوجب العتق لكل مملوك
يضاف اليه بالمملوكية مطلقا وهذا متحقق فيما ذكرنا لانه يملكهم رقبة
ويدا غير متحقق في المكاتبين لانه يملكهم رقبة لا يدا قوله احتمال يعني يحتمل
ان يكون الحمل وقت اليمين ويحتمل ان لا يكون لوجوده اقل مدة الحمل
بعده اي بعد وقت اليمين قوله وان قال كل مملوك املكه حر بعد غد
او قال كل مملوك لي فهو حر بعد غد وله مملوك فاشترى اخر ثم جاء بعد غد
عتق الذي ملكه يوم حلف وقوله بعد غد في الموضعين الاولين منصوب
لانه وقع ظرفا لقوله حر وفي الموضع الثالث مرفوع كذا السماع من الاساتذة الثقات

وذلك لانه وقع اسما لا ظرفا لوقوعه فاعلا وانما ينتصب الكلمة بالظرف اذا قدر فيها
معنى في والا فلا ولهذا تقول يوم الجمعة مبارك وهذا انما نسل وذاك قد ثبت
بالرفع ثم اعلم ان هذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وانما يعتق الذي في
ملكه يوم ايجاب العتق ولا يعتق الذي اشتراه بعد ذلك لان قوله املكه وان كان
مشتركا بين الحال والاستقبال يراد به الحال عند الاطلاق عرفا الا ترى
الى قوله تعالى والله يعلم انك لرسوله فالمراد منه الحال وكذا اذا قال
الرجل اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله يحكم با
باسلامه في الحال فاذا كان قوله املكه للحال عند الاطلاق كان الجزاء حرية
ما يملكه في الحال فلا يعتق المشترى بعد ذلك لانه لا عموم للمشترك في موضع الاثبات
وكذا قوله كل مملوك لي للحال لانه ارسل الملك وقد بيناه قال بعضهم في
شرحه تقرير صاحب الهداية يخالف رواية النحو لانه قال الملك للحال
حقيقة ويستعمل له من غير قرينة ويستعمل للاستقبال بقرينة سين او سوف
منطلقه للحال واهل النحو قالوا ان المضارع مشترك بين الحال والاستقبال
قلت لا نسلم المخالفة لان كونه للحال حقيقة لا ينافي على ان
كونه للاستقبال ليس حقيقة لان المشترك يدل على كل واحد من المعنيين
بسبيل الحقيقة لكنه بسبيل البدل ويترجح احدهما بالدليل اذا وجد وقد
وجد هنا عند الاطلاق دليل على ارادة الحال لان الحال موجود فلا يعارضه
المستقبل المعدوم الموهوم قوله لان قوله املكه للحال حقيقة
برفع الحقيقة على انه خبر ان كذا وقع السماع ويجوز النصب على انها تمييز
قوله ولو قال كل مملوك املكه او قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي
وله مملوك فاشترى اخر فالذي كان عنده مدبر والاخر ليس بمدبر و
هذه من مسايل الجامع الصغير المعادة ذكرها محمد في اواخر الكتاب قبيل
باب الاشربة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في
رجل

رجل قال كل مملوك املكه فهو حر بعد موتي فاشترى مملوكا اخر قال
المملوك الذي كان عنده مدبر وهذا الاخر ليس بمدبر ويعتقان من الثلث
ويكونان شريكين في الثلث وكذلك لو قال كل مملوك لي فهو حر بعد موتي
وذكر ابو طاهر الدباس عن ابي يوسف في النوادر انه لا يعتق ما استفاد
بعد يمينه لانه لم يدخل في الايجاب ولهذا يصير الاول مدبرا ولا يصير
الثاني مدبرا قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله هذه مسئلة
طعن فيها عيسى بن ابان فقال قوله املكه يتناول الحال عند اطلاقه
فان كان العمل واجبا بهذا الاصل وجب ان لا يعتق الذي اشتراه فيكون
مملوكا يباع كما لو قال كل مملوك املكه فهو حر وان كان هذا الكلام يتناول
الاستقبال لقوله بعد موتي وجب ان يصير ما اشتراه مدبرا ثم قال عيسى
فالجواب عندي في هذه المسئلة انه انما يعتق من كان في ملكه يوم
حلف عند الموت ولا يجوز بيعهم قبل الموت ومن حدث في ملكه
جاز بيعه ولم يعتق عند الموت بمنزلة قوله كل مملوك املكه فهو حر
بعد موتي ايجاب عتق ووصية بدليل انه يعتبر الثلث في الموجود
عند الحلف بالاتفاق وفي الوصية يعتبر الحالة الراهنة والمتربصة جميعا
ولهذا لو قال ثلث مالي لفلان بعد موتي فاكتسب بعد ذلك مالا ثم مات
فللموصى له ثلث ما كان موجودا عند الموت وكذا اذا اوصى لاولاد فلان
ثم حدث له ولد بعد الوصية يدخلون جميعا في الوصية اذا عاشوا الى
وقت الموت فمن حيث ان لفظه ايجاب عتق يتناول المملوك الموجود عند
الحلف اعتبارا للحالة الراهنة فصار مدبرا لا يجوز بيعه ومن حيث انه
ايضا يتناول الحادث الذي في وقت الموت اعتبارا للحالة المتربصة فصار
موصى له فزاحم الموجود عند الحلف في الثلث يضرب كل واحد منهما في
الثلث بقيمته الا ان الحادث فيما يستقبل قبل الموت لم يصر مدبرا حتى

جاز بعينه لانه تمحض استقبالا لا يحتمل ارادة الاستقبال بعد ارادة الحال
بخلاف ارادة الحالة المتربصة بعد ارادة الحالة الراهنة حيث جازت
لانهما من جنس واحد وهذا لان الحال تكون مقدرة كما تكون محققة و
المحققة ظاهرة والمقدرة ما يحتمل في حكم الحال يستقبل الحكاية عن الحال الماضية
التي وقع الفعل فيها فلما جاز تقدير الحال الماضي جاز تقدير الحال الآتي الذي
يقع الفعل فيه لدلالة الايصاء لان الوصية انما تكون بعد الموت والحاصل
ان الحال ضربان حال راهنة وحال محكية واللفظ يدل عليهما جميعا اذا وجد
الدليل لانهما من جنس واحد وقد دل هنا الايصاء فصار المراد بما يملكه في الحال
وما يملكه وقت الموت وذكر بعض مشايخنا في هذا الموضع سوالا وجوابا في
شرح الجامع الصغير فقال فان قيل اذا كان يعتق بعد الموت فلم لا يصير مدبرا
اذا كان اشتراه قيل له لان عتقه يظهر بكونه في ملكه وقت الموت ولا يدري
ايكون في ملكه وقت الموت ام لا فلهذا المعنى لا يصير مدبرا الا ترى ان رجلا
لو قال لعبده ان كنت وقت موتي في ملكي فانت حر فانه لا يصير مدبرا في الحال
لانه لا يدري ايكون في ملكه وقت موته ام لا فكذلك هاهنا والمذهب عندي
ما ذهب اليه ابو يوسف في النوادر لانه يلزم على ما قال ابو حنيفة ومحمد الجمع
بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد فلا يجوز لانهما ارادا بقوله املكه الحال الراهنة
والمحكية جميعا والحال الراهنة حقيقة والمحكية مجاز لان نافي المحكية لا يكذب
وايضا لا تراد بلا قرينة وكذلك امارة المجاز **قوله** ولهذا صار مدبرا دون الآخر
اي صار الذي في ملكه يوم الحلف مدبرا دون الذي اشتراه بعده **قوله** وهذا اي
لابي حنيفة ومحمد **قوله** والحالة المنتظرة اراد بها حالة الموت وهي المتربصة
ايضا والحالة الراهنة وهي الزمان الذي بين الماضي والمستقبل وانما سميت بها
لان الرهن هو الحبس لغة والمرء محبوس فيه بخلاف الماضي والمستقبل **قوله**
فالايجاب انما يصح مضافا الى الملك او الى سببه لما ذكر قبل هذا بقوله لما ان هذا
ايجاب

ايجاب عتق وايصاء ثبت ان فيه جهة الايجاب وجهة الايصاء ففي
كل واحد منهما ثم الايجاب انما يصح اذا اضيف الى الملك او الى سبب الملكية
الموجود عند الحلف بهذه المثابة لانه اضيف الايجاب فيه الى الملك
فصار مدبرا بخلاف المشترى بعد الحلف لانه لم يضف الايجاب فيه الى الملك
ولا الى سببه فلم يصر مدبرا لكن المشترى اذا بقي الى الموت عتق من الثلث
بطريق الايصاء فكانه قال حينئذ كل مملوك املكه فهو حر بعد غد [illegible]
لا يدخل المشترى تحت هذا اللفظ لانه ليس فيه معنى الايصاء فما بعد الحلف محض
استقبال فلا يراد ذلك لعدم معنى الحال اصلا **قوله** ولا يقال انكم جمعتم
بين الحال والاستقبال لانا نقول نعم ولكن بسببين مختلفين ايجاب
عتق ووصية وانما يجوز ذلك بسبب واحد بيانه ان الموجود عند الحلف
والمشترى بعده اذا بقي الى الموت لما عتقا من الثلث لزم الجمع بين الحال
والاستقبال من قوله املكه والمشترك لا عموم له في الاثبات فاجاب
وقال نعم جمعنا ولكن بسببين مختلفين وهما ايجاب عتق وايصاء وذلك جائز
وانما لا يجوز الجمع بينهما اذا كان السبب واحدا كما في قوله كل مملوك املكه حر
بعد غد وصاحب الهداية سلم السوال كما ترى والاولى ان يمنع بان قال لا
نسلم انا جمعنا بينهما لان الحال المتربصة ما اريدت باعتبار انها استقبال
بل باعتبار انها حال محكية مقصودة في الوصية فلا يرد هذا السوال

باب العتق على جعل

والجعل ما جعل من شي للانسان على شي يفعله كذا في ديوان الادب وكذا الجعيلة
والجعالة بفتح الجيم وبه صرح القتبي في شرح غريب الحديث
واثبت في الصحاح بكسر الجيم ولم يذكر في تهذيب ديوان الادب في باب
فعالة بكسر الفا بل ذكره في مفتوح الفا والمراد منه العتق على مال وانما اخر
العتق على مال عن ساير ابواب العتق لان ذكر المال اليسير فاضل في باب العتق

لعدم توقفه على المال فيما يثبت ذلك اعتبارا كالخلع في باب الطلاق قوله
ومن اعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل ان يقول انت حر
على الف درهم وهذه من مسائل القدوري وذلك اشارة الى الاعتاق على
مال او الى ذلك الحكم فاذا قال انت حر على ان تعطيني الفا او على ان تؤدي او الف درهم
الي الفا قال في شرح الطحاوي اذا قال لعبده انت حر على الف درهم
او بالف درهم فانه لا يعتق ما لم يقبل ويقع على مجلسه ذلك بان قبل وقع
العتق بنفس القبول والمال دين عليه وان كان غائبا يقع لمجلس علمه
فان وجد القبول صح وان رد او اعرض عن المجلس بطل وانما يكون
الاعراض عن المجلس اما بالقيام او باشتغاله بعمل آخر يعلم انه قطع
لما قبله واذا عرفت هذا فاعرف ان العبد انما يعتق بمجرد القبول ولا يشترط
الاداء لان المولى ازال ملكه بعوض ولا يلزم العوض بغير الرضا فلا
بد من القبول فاذا قبل العبد عتق لان المولى ملك العوض بقبول العبد
فلما ملك العوض زال المعوض عن ملكه والا يلزم الجمع بين العوض والمعوض
في ملك واحد فلا يجوز كما اذا باعه يزول ملكه عن المبيع بمجرد القبول
قبل اداء الثمن وكما اذا طلقها على مال يقع الطلاق بمجرد القبول قبل
اداء العوض ولا يشبه هذا ما اذا قال اذا اديت الي الفا فانت حر حيث
لا يعتق قبل الاداء لانه علق الحرية بالاداء فتوقف الحكم على وجود الشرط
كما اذا قال ان دخلت الدار فانت حر وهنا ما علق العتق بل نجزه لكن بعوض
فاذا قبل العبد عتق لحصول الملك للمولى ثم ما شرط على العبد من المال دين
عليه لانه ثبت على وفاق القياس لانه يسعى وهو حر ولهذا جازت
الكفالة به بخلاف بدل الكتابة من حيث لا يصح الكفالة به لثبوته مع
المنافات وهو الرق ولا يجوز ان يستوجب المولى على عبده دينا
لكن عقد الكتابة جوز لضرورة تحصيل الحرية للعبد باداء المال الى المولى
ولم

ولم يتعلق الحكم بالكفالة لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة
ولانه ليس بدين صحيح فلم يصح الكفالة به لان الدين الصحيح هو الذي
لا يسقط الا بالاداء او بالابراء وبدل الكتابة يسقط بدونهما بعجزه بتعجيز
النفس قوله ثبوت الحكم اراد به العتق هنا قوله واطلاق لفظ
المال ينتظم انواعه من النقد والعرض والحيوان وان كان بغير عينه لان
اطلاق لفظ المال في قوله ومن اعتق عبده على مال يشمل انواع المال
فعلى اي مال اعتق صح وذلك لان الاعتاق على مال معاوضة المال بغير المال
وهو الحرية فصار كالمهر في باب النكاح وكالطلاق على مال وكالصلح عن دم العمد
فجاز ان يقع الحيوان وغيره عوضا في الاعتاق كما جازت وكذا يجوز ان يقع
ساير المكيلات والموزونات عوضا عن الاعتاق اذا كان معلوم الجنس
بان قال مثلا اعتقتك على مائة قفيز من حنطة وان كان في الوصف جهالة
بان لم يذكر الجودة والرداءة والربيعية والخريفية لان جهالة الوصف
يسيرة فكانت عفوا فيما كان عوضا عما ليس بمال كالمهر فلم تمنع صحة التسمية
قال في التحفة ولو اعتق على عوض في الذمة بعينه وهو ملك غيره
فانه يعتق فان اجاز المالك يستحق عينه وان لم يجز يجب على العبد
قيمة رقبته وكذلك لو اعتق على عوض بغير عينه معلوم الجنس جاز
فان كان موصوفا فعليه تسليمه وان لم يكن موصوفا فعليه الوسط
من ذلك وان جاء بالقيمة اجبر المولى على القبول كما في المهر ولو اعتقه
على مجهول الجنس بان قال انت حر على ثوب يعتق ويلزمه قيمة نفسه لان
جهالة الجنس تمنع صحة التسمية كما في المهر فلو ادى اليه العرض فاستحق من يد
المولى ان كان بغير عينه في العقد فعلى العبد مثله لانه لم يخرج عن الذي هو موجب
العقد وان كان عينا في العقد وهو عرض او حيوان فانه يرجع على العبد
بقيمة نفسه عند ابي حنيفة وابي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يرجع

بقيمة المستحق فتعارضا بخلاف ما اذا باع نفس العبد منه بجارية ثم استحقت
الجارية او هلكت قبل التسليم فعندهما يرجع بقيمة العبد وعنده يرجع بقيمة
الجارية قال الحاكم الشهيد في الكافي فان اختلفا في المال فالقول قول
العبد بيانه ما قال في المسائل في قسم المبسوط قال المولى اعتقتك على وصيف
وقال العبد على كر حنطة فالقول للعبد مع يمينه لان العبد لو انكر اصل المال
كان القول له فكذلك وصفه والبينة للمولى وقال في المسائل ايضا اختلفا
في قدر المال فالقول للمولى والبينة للعبد لان القول للمولى في اصل الشرط
فكذلك في صفته **قوله** قال ولو علق عتقه باداء المال صح وصار ماذونا
وذلك مثل ان يقول اذا اديت لي الف درهم وهذه مسائل القدوري وذلك
اشارة الى تعليق العتق باداء المال الذي تعليقه به مثل ان يقول ان اديت
الي الف درهم فانت حر وانما صح تعليق العتق باداء المال لان العتق اسقاط حتى
فيه معنى المال ولهذا اذا اعتقه في مرض موته ولا مال له غيره لزمه السعاية
وما كان فيه معنى المال جاز اخذ العوض عنه كذا قال الشيخ ابو نصر وانما صار العبد
ماذونا بهذا القول لانه طلب منه الاداء وذلك لا يكون الا بالاكتساب
فكان ماذونا في التجارة دلالة لان المولى لا يرضى بتكدي العبد لان فيه خسة
ودناءة **ثم اعلم** ان المولى اذا قال لعبده ان اديت الي الفا فانت حر كان
بمنزلة المكاتب حتى يجبر المولى على القبول الا في مسائل فيها فرقت بينهما
احداها اذا مات العبد هنا قبل الاداء وترك مالا فالمال كله للمولى ولا يؤدي
عنه فيعتق بخلاف الكتابة **والثانية** لو مات المولى وفي يد العبد كسب
فالعبد رقيق يورث عنه مع سائر اكسابه بخلاف الكتابة **والثالثة**
لو كانت هذه امة فولدت ثم ادت لم يعتق ولدها بخلاف المكاتبة اذا
ولدت ثم ادت فعتقت ويعتق ولدها **والرابعة** لو قال العبد للمولى
حط عني مائة فحط المولى عنه فادى تسع مائة فانه لا يعتق بخلاف الكتابة
و

والخامسة لو ابرا المولى العبد عن الالف لم يعتق ولو ابرا المكاتب
عن بدل الكتابة يعتق **والسادسة** لو باع هذا العبد ثم اشتراه او رد
اليه بخيار او عيب يجبر على القبول عند ابي يوسف وقال محمد رحمه الله
لا يجبر على قبولها فان قبلها عتق المكاتب فان بيعه لا يجوز الا برضاه فاذا
رضي ينفسخ الكتابة **والسابعة انه** يقتصر على المجلس حتى لا يعتق
ما لم يؤد في المجلس قبل الاعراض بخلاف الكتابة لان العتق معلق
باختيار العبد فكانه قال انت حر ان شئت كذا في التحفة بخلاف
قوله اذا اديت او متى اديت فان ذلك لا يقتصر على المجلس وروي بشر
عن ابي يوسف ان قوله ان اديت لا يقتصر على المجلس كما في اذا ومتى كذا في
المختلف والتحفة جميعا وذلك لان العتق معلق بالشرط فلا يقف على
المجلس كقوله ان دخلت الدار **قوله** على ما سنبين اي بعد خطوط عند قوله
ولنا انه تعليق نظرا الى اللفظ ومعاوضة نظرا الى المقصود **قوله وان**
احضر المال اجبره الحاكم على قبضه وعتق العبد هذا لفظ القدوري في مختصره
يعني اذا قال له المولى ان اديت الي الفا فانت حر فاحضر العبد الالف في المجلس يجبر
المولى على القبض فيعتق ومعنى الاجبار ان ينزل المولى قابضا بالتخلية بينه
وبين الالف سواء اخذ المال او لم ياخذ والمراد بالتخلية رفع الموانع وهذا
الذي ذكره استحسان والقياس ان لا يجبر وبه قال زفر كذا في شرح الطحاوي
له انه عتق معلق بشرط ولا يجبر المرء على مباشرة شرط اليمين لان الجبر لا يثبت
الا بثبوت الاستحقاق ولا استحقاق قبل وجود الشرط فصار كالتعليق
بدخول الدار بخلاف الكتابة فانه يجبر ثمة لانها معاوضة واداء البدل
فيها واجب فيجبر لهذا ولنا ما قال مشايخنا في شروح الزيادات
ان الاصل في تعليق العتق باداء المال انه يمين فيه معنى المعاوضة وذلك
لان اليمين بغير الله تعالى هو الشرط والجزاء وقد وجد كلاهنا وهو صيغة الكلام

وصار اليمين هو الاصل وفيه معنى المعاوضة لكونه مقابلة العتق بالمال
... كالكتابة ولكنها معاوضة في الاصل ومعنى الشرط تابع و
لهذا اذا مات المولى ينفسخ الكتابة فلما كان تعليق العتق بالمال
معاوضة انتهاء اجبر عند اداء المال اجبر المولى على القبول كما في الكتابة
لم يحتمل التعليق الفسخ لان معنى اليمين فيه اصل بخلاف الكتابة فانها
تحتمل الفسخ لان معنى اليمين فيها تابع فان قلت كيف يصح جعله
معاوضة والعوض والمعوض للمولى جميعا قلت هذه مغالطة لان
المعوض هنا هو العتق وهو يحصل للعبد لا للمولى فان قلت يرد على
الاحكام منها اذا قال ان اديت الي خمرا فانت حر حيث لا يجبر على
القبول وكذا اذا قال ان اديت الي ثوبا فانت حر ومنها اذا قال
ان اديت الي الفا احج بها فانت حر لا يجبر على القبول ومنها اذا باع
العبد ثم اشتراه ثم جاء بالالف لا يجبر على القبول قلت انما لا يجبر
في الخمر لان المسلم ممنوع عنها بحق الله تعالى لكن مع هذا اذا اداها عتق
واما الثوب فانه مجهول الجنس فلم يصلح عوضا فلم يجبر لهذا واما
مسئلة الحج فلان التعليق ثمه بشيئين باداء المال والحج ولهذا لا يعتق
بمجرد الاداء ما لم يوجد الحج والمعاوضة انما تكون اذا كان مقابلة العتق
بالمال وهنا مقابلة العتق بالمال والحج فيبطل معنى المعاوضة فلا يصح
الجبر لبطلان معنى المعاوضة ولهذا اذا قال اذا اديت الي الفا احج بها
يجبر على القبول ويعتق العبد وحج او لم يوجد لان الحج وقع مشورة
لا شرطا واما المسئلة الاخيرة فان البيع لما صح فقد بطل معنى الكتابة فلم
يجبر على القبول كما اذا كاتب عبده على انه بالخيار ثلاثة ايام ثم باعه
فيها صح البيع وبطلت الكتابة حتى اذا اشتراه لم يكن مكاتبا فكذا
هنا قوله ولهذا كان عوضا في الطلاق مثل هذا اللفظ هذا ايضاح
لكونه

لكونه تعليق العتق باداء المال معاوضة نظرا الى المقصود يعني اذا علق
الطلاق باداء المال [illegible] طالق
الطلاق باينا لوقوعه على عوض فلذا هنا يكون معاوضة قوله
فصار بين في الفقه اي على اعتبار الشبهين في المسائل الفقهية كالهبة
بشرط العوض تبرع ابتداء حتى لا يجوز في المشاع ويشترط القبض في
المجلس ويقع انتهاء حتى لا يجوز الرجوع للواهب وتجري الشفعة فكذا فيما نحن
فيه اعتبرنا الشبهين شبه الابتداء نظرا الى الصيغة فقلنا انه تعليق لا يعتق
قبل وجود الشرط وهو الاداء وشبه الانتهاء نظرا الى المقصود فقلنا انه معاوضة
حتى اجبر المولى على القبض كما في الكتابة قوله ولو ادى البعض يجبر على
القبول الا انه لا يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط قال في الزيادات
لو قال ان اديت الي الف درهم فانت حر فجاء ببعض الالف اجبر المولى على
قبوله لان هذا جزء من جملة هي عوض عند الاداء فصار للبعض حكم
الاعواض ايضا كبعض بدل الكتابة وبعض الثمن فان ادى بعض الثمن لا يوجب
قبض شيء من المبيع فكذلك بدل الكتابة ومع ذلك تجبر على القبول
لانا لو لم تجبره لكلفنا المؤدي ما ليس في وسعه وهو اداء جميع البدل
وذلك باطل وقال في شرح الطحاوي ولو اتى العبد بخمسمائة فالقياس
ان لا تجبر لانه لا يعتق بقبول هذا وهو قول ابي يوسف وفي الاستحسان
يجبر على القبول كما في المكاتب قوله كما اذا حط البعض وادى الباقي يعني
اذا حط المولى بعض الالف فيما اذا قال له ان اديت الي الفا فانت حر ثم ادى
العبد باقي الالف لا يعتق لعدم الشرط لان الشرط اداء الالف ولم يوجد كما
لو ادى الدنانير مكان الدراهم وقد نص الحاكم في الكافي على هذا الحكم
قوله ثم لو ادى الفا اكتسبها قبل التعليق رجع المولى عليه وعتق
لاستحقاقها يعني ان المولى كان يستحق الالف المؤداة لان العبد وما

وما يبقى لمولاه وله على العبد قيمته [illegible] المولى ما رضي بخروجه عن ملكه
الا بالف يحصل له لا بالف حاصل له فلهذا يعتق باداء الالف المكتسبة قبل التعليق
لوجود شرط العتق بوادا الالف كما لو غصب الف انسان فادى يعتق بخلاف
ما اذا ادى مما اكتسبها بعد التعليق حيث لا يرجع المولى عليه لكونه ماذونا من
جهة المولى بالاكتساب والاداء منه لكنه ياخذ الباقي لان مال الماذون
للمولى بخلاف المكاتب كذا في الشامل وغيره **قوله** ثم الاداء في قوله
ان اديت يقتصر على المجلس وهذا هو ظاهر الرواية وروى بشر عن ابي يوسف
انه لا يقتصر وقد مر بيانه **قوله** ومن قال لعبده انت حر بعد موتي على الف درهم
فالقبول بعد الموت وهذه من خواص الجامع الصغير وانما اعتبر قبول العبد بعد
موت المولى لانه اضاف العتق الى ما بعد الموت فيكون نزول ايجاب العتق
بعد الموت والقبول يكون عند نزول الايجاب كما لو قال انت حر بالف درهم غدا يكون
القبول غدا لانه وقت نزول الايجاب وكذلك اذا قال اذا مت فانت حر على الف
فاذا قبل بعد الموت هل يعتق ام لا قال في شرح الطحاوي لم يعتق بالقبول
حتى يعتقه الورثة او الوصي لان الاصل ان كل عتق تاخر وقوعه بعد الموت
ولو بساعة لا يعتق الا بالاعتاق الا ترى انه لو قال لعبده انت حر بعد موتي
بشهر لا يعتق حتى يعتقه الورثة بعد شهر ثم الوصي يملك عتقه تحقيقا لا
تعليقا حتى انه لو قال انت حر اذا دخلت الدار فانه لا يعتق والورثة يملك
عتقه تحقيقا وتعليقا حتى انه لو علقه بدخول الدار عتق بدخولها وكذلك
لو اعتقه عن كفارة يمينه يجوز عن الميت ولا تجوز عن الكفارة والولاء للميت
لا للوارث هذا قول ابي حنيفة ومحمد وروي عن ابي يوسف في الاملاء
انه قال اذا قال اذا مت فانت حر على الف درهم فالقبول في هذا على حالة الحياة
لا على الوفاة فاذا قبل صح التدبير فاذا مات عتق ولا يلزمه المال لانه لا يلزمه
وقت القبول لانه لا يعتق بالقبول فلا يلزمه وقت وقوع العتاق واجمعوا
انه

انه لو قال انت حر على الف درهم بعد موتي فالتدبير فيه بعد الوفاة وقال الامام
العتابي في شرح الجامع الصغير فاذا قبل بعد الموت ينبغي ان لا يعتق الا باعتاق
الوارث او الوصي او القاضي لان العتق تاخر عن الموت الى ان يقبل والعتق متى
تاخر عن الموت لا يثبت الا باعتاق واحد من هؤلاء لانه صار بمنزلة الوصية بالاعتاق
وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير من المتاخرين من قال وان وجد القبول
بعد الموت ينبغي ان لا يعتق ما لم يعتقه الورثة لان الاعتاق من الميت لا
يتصور ثم قال وهذا اصح وعلل صاحب الهداية بقوله لان الميت ليس باهل للاعتاق
قلت فاذا قبل بعد الموت ينبغي ان يعتق حكما للكلام صدر من
الاهل مضافا الى المحل وان كان الميت ليس باهل للاعتاق الا ترى ان الايجاب
نزل معتبرا بعد الموت حكما للكلام صدر من الاهل وان كان الميت في ذلك
الوقت ليس باهل للايجاب ولهذا ترتب القبول عليه وايضا ان القبول
لا يعتبر حال الحياة فاذا لم يعتق بالقبول بعد الوفاة الا باعتاق واحد منهم
لا يكون معتبرا بعد الوفاة ايضا فلا يبقى فائدة لقوله فالقبول بعد الموت
قوله بخلاف ما اذا قال انت مدبر على الف درهم حيث يكون القبول
اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا انه لا يجب المال لقيام الرق
وذلك لان المولى لا يستوجب على عبده دينا صحيحا هذا قول ابي يوسف على
ما ذكره صاحب الاجناس عن نوادر **بشر ابن الوليد** اذا قال انت
مدبر على الف درهم قال ابو حنيفة رضي الله عنه ليس القبول الساعة
وله ان يبيعه فاذا مات المولى وهو في ملكه وقال قبلت اداء الالف عتق
وقال ابو يوسف ان لم يقبل حين قال له ذلك فليس له ان يقبل بعد ذلك فان قبل
كان مدبرا وعليه الالف اذا مات السيد الى هنا لفظ الاجناس قلنا وجب عليه الالف
لان المولى ما رضي بعتقه الا ببدل وقد يستوجب المولى على عبده دينا
بسبب العتق كالمكاتب وروى في الوجيز السرخسي عن ابن سماعة عن

محمد لو قال انت مدبر على الف فالقبول بعد الموت ليعتق فيلزمه المال
وما ذكره صاحب الاختيار عن الفوائد عن ابي حنيفة دليل على صحة ما ذهبنا
اليه في مسئلة الجامع الصغير بانه اذا قبل بعد الموت يعتق لانه صرح
بقوله اذا مات المولى وقال قبلت اداء الالف عتق وذلك لان القبول
في الموضعين جميعا بعد الموت ومع هذا ثم لم يتوقف العتق على اعتاق واحد
من الوصي او الوارث او القاضي فلذا فيما نحن فيه **قوله** قالوا اي قال المتاخرون من
مشايخنا **قوله** في مسئلة الكتاب اي في الجامع الصغير وهي قوله انت حر بعد
موتي على الف درهم **قوله** وهذا صحيح اي قولهم انه لا يعتق ما لم يعتقه الوارث
ولنا فيه نظر قدمناه **قوله** قال ومن اعتق عبده على خدمة اربع سنين
فقبل العبد فعتق ثم مات من ساعته فعليه قيمة نفسه في ماله عند ابي حنيفة
وابي يوسف وقال محمد قيمة خدمته اربع سنين وهذه من مسائل الجامع الصغير المعاد
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لعبده انت حر على ان تخدمني
اربع سنين فقبل العبد ثم مات ساعتئذ قال عليه قيمة نفسه وهو قول ابي يوسف
وقال محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة اخرا وقوله الاول كقول محمد كذا ذكر الفقيه ابو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير
وقول زفر والشافعي كقول محمد كذا في المختلف والخدمة خدمة البيت المعروفة — حاصله البيت
بين الناس كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي وشرح المسئلة ما قال في شرح الطحاوي
لو قال لعبده انت حر على ان تخدمني اربع سنين فقبل عتق وعليه ان
يخدم اربع سنين فان مات المولى قبل الخدمة بطلت الخدمة لان شرط
الخدمة للمولى وقد مات المولى فعند ابي حنيفة وابي يوسف عليه قيمة نفسه
وعند محمد عليه قيمة خدمته اربع سنين ولو كان خدم سنة ثم مات
فعلى قولهما عليه ثلاثة ارباع قيمته وعلى قول محمد عليه قيمة خدمته ثلاث
سنين وكذلك لو مات العبد وترك مالا يقضى من ماله بقيمة نفسه لمولاه عند
ابي حنيفة

عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد يقضى بقيمة الخدمة وقال
في الشامل فان مات المولى فلورثته قيمته الا في قيمة ما خدم عندهما و
عند محمد قيمة ما بقي من الخدمة وكذلك ان مات العبد ثم ذكر في تركته ثم
اعلم ان العبد يعتق بقبوله في المجلس قبل تسليم الخدمة لان المولى جعله
الاعتاق على الخدمة فكان معاوضة وقضية المعاوضة ثبوت الحكم
بمجرد القبول قبل التسليم كما في البيع ويتفرع بيانه في اول الباب لكن
لما وجب على العبد الخدمة في تلك المدة ففاتت الخدمة المشروطة بموت
العبد او المولى اعتبر قيمة الخدمة عند محمد وقيمة نفسه عندهما وجه
قول محمد رحمه الله ان الخدمة بدل ما ليس بمال وهو العتق ولا قيمة للعتق وقد
حصل العجز عن تسليم الخدمة بموت احدهما فوجب تسليم قيمتها ووجه
قولهما ان الخدمة بدل مال لانها بدل نفس العبد لكن البدل لما تعذر
تسليمه وجب تسليم المبدل وهو العبد ولا يمكن تسليمه لان العتق لا يقبل
الفسخ فوجب تسليم قيمته لا يقال ذلك فان قلت يرد عليكم الاحكام
وهي ما اذا تزوج امراة على جارية او خالع امراته على جارية او صالح عن
دم عمد على جارية ثم استحقت الجارية يرجع بقيمة الجارية فعلم ان الاعتبار
لقيمة البدل لا لقيمة المبدل قلت لا نسلم انما ترد علينا لان فيها
العوض ملك النكاح وملك القصاص وذلك غير متقوم فلم يمكن الرجوع
بقيمة ما ليس بمتقوم فوجب الرجوع بقيمة البدل بخلاف ما نحن فيه فان المبدل
وهو العبد متقوم ولهذا لو شهدوا باسقاط القصاص وابطال ملك النكاح ثم رجعوا
لا يضمنون لا لولي القصاص ولا للزوج قيمة البضع ولو شهدوا على الاعتاق
ثم رجعوا يضمنون **قوله** ثم مات اي العبد او المولى كما بين في اخر المسئلة — لا يرجعون
قوله من ساعته اي ساعة القبول **قوله** اما العتق للتفصيل لانه ذكر اولا
شيئين العتق ووجوب القيمة لكن هي قيمة النفس عندهما وعند محمد

قيمة الخدمة فقال محمد ذلك اما العتق فلانه جعل الخدمة في مدة معلومة عوضا
فيتعلق العتق بالقبول [illegible] وأما وجوب
قيمة النفس عندهما فلما ذكرنا واما وجوب قيمة الخدمة عند محمد فلاجل كذا
لم يوجد [illegible] حق الكلام **قوله** وقد وجد اي القبول **قوله** ولزمه
خدمته اربع سنين اي بقبول الخدمة لكن تعذر الخدمة بموت العبد
او المولى فوجب القيمة على حسب الاختلاف الذي مر **قوله** فصار كما اذا اعتقه على
الف درهم ثم مات العبد اي صار الاعتاق على الخدمة اذا مات العبد بعد القبول
مثل الاعتاق على الف اذا مات بعد القبول لان الخدمة تصلح عوضا عن الاعتاق
كالالف فيتعلق في الصورتين بالقبول **قوله** فالخلاف فيه بناء على
خلافية اخرى اي الخلاف في الاعتاق على الخدمة في المدة المعلومة
بناء على مسألة خلافية غير هذه وهي ان من باع نفس العبد منه بجارية
او اعتق عبده على جارية بعينها فقبل العبد وعتق ثم استحقت الجارية او
هلكت قبل التسليم يرجع المولى على العبد بقيمة العبد لا بقيمة الجارية
على قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي يرجع عليه بقيمة
الجارية وهو قول ابي حنيفة اولا وجه البناء ان الجارية لما تعذر
تسليمها بالاستحقاق او الهلاك وجب تسليم قيمة المبدل اي العبد
عندهما ووجب تسليم قيمة البدل اي الجارية عند محمد فكذلك هنا
لما تعذر تسليم الخدمة بموت العبد او المولى وجب تسليم قيمة المبدل
عندهما اعني قيمة العبد وعند محمد وجب تسليم قيمة البدل اي الخدمة
قال في شرح الطحاوي وكذلك لو لم تستحق ولكن وجد بها عيبا فردها
فهو على هذا الخلاف الذي ذكرنا اذا كان عيبا فاحشا وان كان غير فاحش فكذلك
عندهما وعند محمد لا يقدر على ردها لانه يجعل هذا مبادلة مال بغير مال فاشبه
النكاح والمراة لا تقدر على رد المهر الا في العيب الفاحش فانما ترجع في الاستحقاق
بقيمة

بقيمة ما استحق لا بمهر المثل **قوله** [illegible] مسألة بيع نفس العبد منه بجارية
اذا استحقت معروفة في [illegible] موضع بيعها [illegible]
قوله فصار نظيرها اي صار الاعتاق على الخدمة اذا مات العبد او المولى
نظير مسألة بيع نفس العبد منه بجارية اذا استحقت **قوله** ومن قال
لآخر اعتق امتك على الف درهم علي على ان تزوجنيها ففعل فابت ان تتزوجه
فالعتق جائز ولا شيء على الامر وفي بعض نسخ الجامع الصغير لم يذكر علي
قبل قوله على ان تزوجنيها وفي بعضها لم يذكر والوجوب مستفاد على الحالين
لكن ذكر علي اولى على المراد والاصل ان من قال لغيره اعتق عبدك على الف
درهم علي ففعل المامور لا يجب على الامر شيء بخلاف ما اذا قال لغيره طلق امراتك على
الف درهم علي او قال خالع امراتك على الف درهم علي ففعل يجب على الامر الالف
والفرق ان اشتراط البدل على الاجنبي في باب الطلاق جائز وفي العتاق
ليس بجائز وذلك لان بدل الخلع على المراة مشروع من غير ان يسلم لها شيء لان الخلع
اسقاط محض فلما جاز اشتراط البدل عليها من غير سلامة شيء لها جاز اشتراطه
على الاجنبي ايضا من غير سلامة شيء له بخلاف الاعتاق فانه في الاثبات
وان كان بموازالة الملك لان به يحصل قوة حكمية للعبد لم تكن ثابتة قبل
الاعتاق فكان في معنى المعاوضة واشتراط العوض لا يجوز على غير من سلم
له المعوض فلا يجب على الاجنبي شيء لانه لم يسلم له شيء بهذا الضمان ولهذا
لو قال للمولى بع عبدك من فلان بالف علي لا يجب على الضامن شيء لان غرامة
البدل في المبادلة لا تجوز على غير من سلم له المبدل الا بالكفالة ولا يمكن
تصحيحه بطريق الكفالة عن العبد وعن المشتري لانه لا يجب الثمن
على المشتري ولا يجب المال على العبد فكيف تجب على الكفيل ثم لا تجبر المراة
على التزويج بعد العتق لانها صارت حرة مالكة امر نفسها قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير لم يذكر في الكتاب اي في الجامع الصغير

الى المولى وجملة ما خلصه ثم قال ينبغي ان يجب لها حصة الالف اذا قسمت الالف
على قيمتها وعلى مهر مثلها فما اصاب حصة قيمتها يسقط وما اصاب حصة
مهر مثلها يكون مهرا لها بمنزلة رجل قال لامرأتين تزوجتكما على الف درهم فقبلت
احداهما ولم تقبل الاخرى فالتي قبلت حصة الالف فكذلك ههنا قوله
وقد قررناه من قبل اي في باب الخلع على سبيل الاشارة في مسئلة خلع الاب بنته
الصغيرة حيث قال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي صحيح ففي الاب
اولى ولكنه لم يذكر ثمة بان اشتراط البدل في العتاق على الاجنبي لا يجوز قوله
ولو قال اعتق امتك عني على الف درهم والمسئلة بحالها قسمت الالف على
قيمتها ومهر مثلها فما اصاب القيمة اداه الامر وما اصاب المهر بطل عنه وهذه
من مسائل الجامع الصغير ايضا يعني قال رجل لاخر اعتق امتك عني على الف درهم
على ان تزوجنيها ففعل المامور ثم اعتقها ثم ابت المرأة ان تتزوجه فالحكم فيه ان
يقسم الالف على قيمتها ومهر مثلها فحصة القيمة تجب على الامر وحصة المهر تسقط
لما قال اعتق امتك عني تضمن الشراء اقتضاء فكانه قال بع امتك مني واعتقها وقد
حصل الالف بازاء الشيئين بازاء الرقبة والبضع فيكون الالف منقسما عليهما
فحصة الرقبة تجب عليه لانها سلمت له حيث وقع العتق منه وحصة البضع تبطل
لانه لم يسلم له حيث لم يتزوجه ولم يبطل البيع بشرط النكاح لانه مندرج في
الاعتاق فاخذ حكمه ولم يبطل بالشرط الفاسد قال الفقيه ابو الليث رحمه الله ولو انها
زوجت نفسها منه فان الجواب لم يذكر في الجامع الصغير قال ينبغي ان
يجب عليه الالف كاملا حصة القيمة للمولى وحصة المهر للجارية لانه قد سلم له
تمام الشرط قوله لما قال عني تضمن الشرا اقتضاء على ما عرف اي في اصول
الفقه وقد بينا ذلك في اخر باب نكاح الرقيق قبيل باب نكاح اهل الشرك
قوله فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا لانه قال على ان تزوجنيها
قوله ولو زوجت نفسها منه لم يذكره اي لم يذكر محمد في الجامع الصغير حكم

التزوج

التزوج قوله ما اصاب قيمتها سقط في الوجه الاول واراد بالوجه الاول
ما اذا لم يقل عني فانما سقط حصة القيمة لعدم وجوب الضمان قوله وهي للمولى
في الوجه الثاني اي حصة القيمة للمولى في الوجه الثاني وهو ما اذا قال عني
قوله وما اصاب مهر مثلها كان لها في الوجهين اي فيما اذا قال عني
او لم يقل عني والله اعلم

باب التدبير

لما فرغ عن العتق الواقع في حالة الحيوة شرع في العتق الواقع بعد الموت
لان الموت يتلو الحيوة والتدبير في اللغة هو النظر في عاقبة الامر وكان المولى
لما نظر في عاقبة امره وامر عاقبته اخرج عبده الى الحرية بعده وفي الشرع
هو العتق الواقع عن دبر من الانسان والدليل على جواز التدبير عتقه بعد موت
المولى بالاجماع ثم التدبير على نوعين مطلق ومقيد فالمطلق كما اذا
علق عتقه بمطلق الموت مثل ان يقول اذا مت فانت حر او ان حدث بي
حدث فانت حر او قال دبرتك او انت مدبر وكذلك اذا قال اوصيت لك
برقبتك او قال اوصيت لك بثلث مالي والمقيد كما اذا قال ان مت من سفري هذا
او من مرضي هذا فانت حر وكذلك ان قتلت فانت حرا وان غرقت فانت
حر فاذا مات من غير ذلك الوجه لا يعتق واذا مات منه يعتق في اخر جزء
من اجزاء حيوته قوله اذا قال المولى لمملوكه اذا مت فانت حر او انت
حر عن دبر مني او انت مدبر او قد دبرتك فقد صار مدبرا وهذه
من مسائل مختصر القدوري وتمامه فيه لا يجوز بيعه ولا هبته وانما وقع
التدبير بهذه الالفاظ لكونها صريحا فيه كالالفاظ الدالة على العتق فيه مثل
قوله انت حر او حررتك قوله ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه
عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة وقال الشافعي تجوز اعلم
ان البيع المدبر المقيد جائز بالاتفاق اما المدبر المطلق فلا يجوز
بيعه عندنا وهو مذهب مالك في الموطا وروى الترمذي في جامعه

وبه قال سفيان الثوري والاوزاعي كذلك وعند الشافعي يجوز بيعه
كالمقيد وهو مذهب احمد بن حنبل واسحاق وحجته قول الشافعي ما روى
جابر في الصحيح البخاري قال اعتق رجل منا عبدا له عن دبر فدعا النبي صلى
الله عليه وسلم به فباعه قال جابر مات الغلام عام اول قال وفي السنن
اشتراه نعيم ابن عبد الله بن النحام بثمانمائة وفي بعض الروايات في السنن
بسبع مائة او بتسع مائة وقال ابو الحاج الترمذي كان عبدا قبطيا مات في
امارة ابن الزبير فلو لم يجز بيع المدبر لما باعه رسول الله صلى الله عليه
ولانه تعليق بالشرط وفي سائر التعليقات يجوز البيع قبل وجود الشرط
فكذا في هذا التعليق ولان التدبير وصية بالعتق بدليل انه يعتبر من الثلث
وسائر الوصايا ليست بلازمة حتى يجوز الرجوع فيها صريحا او دلالة فكذا
هذه الوصية يجوز الرجوع عنها ولنا ما ذكر محمد بن الحسن رحمه الله في
الاصل حديث ابي جعفر ان رسول الله صلى الله عليه باع خدمة المدبر ولم يبع
رقبته نفع اجر المدبر وروى اصحابنا رحمهم الله في المبسوط وغيره عن ابن
عمر المدبر لا يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث وما رواه الشافعي يحمل على
المدبر المقيد او على ابتداء الاسلام حين كان يباع الحر او على بيع الخدمة لا
الرقبة توفيقا بين حديثنا وحديثه ولان من قبل الشافعي قد اجمعوا على
عدم جواز بيعه كابي حنيفة وسفيان ومالك والاوزاعي ثم لما نشا الشافعي
بعدهم جوزه فصار هذا منه خرقا للاجماع فلا يجوز ولان التدبير سبب
للحرية في الحال فلا يجوز ابطاله بالبيع ونحوه كالاستيلاد بخلاف سائر التعليقات
فانها ليست باسباب في الحال ما لم يوجد الشرط فلا يصح القياس لان التعليق
يمنع الوقوع فلا يكون سببا في الحال لان السبب انما يكون سببا اذا صادف
الاهل مضافا الى المحل فما لم يتصل بالمحل لا يكون سببا وما دام التعليق باقيا وهو
ما قبل وجود الشرط لا يتصل بالمحل فاذا اتصل بالمحل عند وجود الشرط لا
يبقى

[illegible]

يبقى التعليق فاذن بين الوقوع والتعليق مضادة فلا يكون التعليق سببا في الحال
الا انا جعلنا التدبير سببا في الحال لان ما بعد الموت حال بطلان الاهلية فلا يتصور
انعقاد السبب من غير الاهل فلاجل هذه الضرورة جعلناه سببا في الحال بخلاف التدبير
المقيد فانه لم يجعل سببا في الحال لانه تردد في كونه سببا لانه ربما يموت من ذلك
الوجه فاذا مات فحينئذ يجعل سببا في اخر جزء من اجزاء حياته ولان التدبير المطلق
وصية بالعتق فلا يجوز ابطالها لان الوصية بالعتق تقع مفيدة للحكم لازمة ولهذا
لا يشترط في التدبير القبول ولا يرتد بالرد بخلاف سائر الوصايا فانها يشترط فيها
القبول بعد الموت وترتد بالرد فلم يصح القياس والمراد من لزوم وقوعه مفيدة
للحكم انه يصح التدبير اعتاقا في الحال متراخيا حكمه وهو العتق الى ما بعد الموت كما في قوله
عليه السلام في ام الولد اعتقها ولدها وكالبيع بشرط الخيار فان الشرط ثمة ايضا
دخل على الحكم لا على السبب فان قلت سلمنا ان ما بعد الموت حال بطلان
الاهلية ولكن لا نسلم ان الاهلية تشترط عند وجود الشرط ولهذا اذا علق الاهل
الطلاق او العتاق بشرط ثم جن وقت وجود الشرط يقعان فعلم ان الاهلية
عند وجود الشرط ليست بشرط قلت بالجنون لا يبطل الاهلية من كل
وجه لانه يبطل من وجه دون وجه الا ترى ان المجنون اهل الملك وزواله
ولهذا يصح تزويج الولي عليه وتبين امرأته بارتداد ابويه وكذا اذا باشر
المجنون اسباب المصاهرة تثبت بخلاف الميت فان اهليته تبطل اصلا ثم لم
يصح القياس وهذا البيان كاف لاولي الالباب والباقي يعرف في طريقة
الخلاف **قوله** ثم جعله سببا في الحال اولى اي جعل التدبير وهذا هو المذهب
عند اصحابنا رضي الله عنهم وما قاله صاحب الهداية في باب عتق احد العبدين
بقوله وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت فذلك منه تناقض لا محالة وقد ذكرناه
قوله وانه يضاد وقوع الطلاق والعتاق اي ان المانع لوقوع الطلاق
والعتاق يضاد وقوعهما فلا يكون التعليق سببا في الحال فاخرنا السببية الى

وتبين امرأته

وجود الشرط ولا يمكن تأخير السببية في التدبير الى ما بعد الموت لانه زمان بطلان
الاهلية فلو لم نجعل سببا في الحال لبطل ويلغو لانه اصلا فان قلت فلم لا يجعل
سببا في آخر جزء من اجزاء حياته حتى لا يلغو كلامه ايضا كما في المدبر المقيد
قلت الاصل ان يجعل التصرف سببا حال وجوده ثم وجوده اما حقيقة
وهو في حال التكلم او حكما وهو في حال وجود الشرط لانه علقه به وتلفظ به فمن
ادعى كونه سببا في حالة اخرى لم يتلفظ بها فعليها البيان وفي المدبر المقيد
تعذر جعله في الحال لانه متردد فجعل سببا في آخر جزء من اجزاء حياته لانه
حينئذ زال التردد ولم يوجد التعذر في المدبر المطلق فجعل سببا في الحال فلم
يمكن جعله سببا بعد الموت **قوله** فافترقا اي افترق التدبير المطلق
وسائر التعليقات **قوله** ولانه وصية خلافة في الحال كالوراثة يعني ان
التدبير المطلق وصية بالعتق والوصية سبب الخلافة لان الموصي
يجعل الموصى له خلفا في بعض ماله بعد موته فكذا هنا اثبت المولى للمولى
الخلافة في رقبته بعد موته وابطال سبب الخلافة لا يجوز كالوراثة
قوله وفي البيع ما يضاهيه ذلك والمضاهاة المشابهة واراد بما يضاهيه
الهبة والامهار وذلك اشارة الى ابطال السبب **قوله** قال وللمولى ان
يستخدمه ويؤاجره وان كانت امة وطئها وله ان يزوجها اي قال القدوري
في مختصره اعلم ان التدبير المطلق لا يزيل الملك في الحال وانما يثبت استحقاق يعتق الا المكاتب
العتق فكان الملك باقيا ولهذا اذا قال كل مملوك لي حر يعتق المدبرون
وام الولد بخلاف المكاتبين فان المكاتب لا يعتق ما لم ينوه كذا نص الحاكم
الكافي فلما كان الملك باقيا كان لمن دبر الاستخدام والاجارة والوطء و
التزويج ولا يجوز بيع المدبر ولا رهنه ولا هبته وحاصله ان كل
تصرف لا يجوز في الحر لا يجوز في المدبر الا الكتابة وهذا لان الكتابة
نقل الحر في حق اليد والتصرف والحر يقبله والرهن لاستيفاء الدين منه
والحر

والحر لا يقبله **قوله** ثابت له اي للمولى فيه اي في المدبر **قوله** ولاية
هذه التصرفات اشارة الى الاستخدام والاجارة والوطء والتزويج **قوله**
واذا مات المولى عتق المدبر من ثلث ماله هذا لفظ القدوري في مختصره
اعلم ان المدبر اذا مات مولاه يعتق من الثلث ان خرج من الثلث وهو
قول سعيد بن جبير وشريح والحسن وابن سيرين وداود وروي عن ابن مسعود
وابراهيم النخعي وحماد انه من جميع المال **ولنا** حديث ابن عمر المدبر لا
يباع ولا يوهب وهو حر من الثلث ولان التدبير وصية لانه تبرع مضاف
الى ما بعد الموت وسائر الوصايا يعتبر فيها الثلث فكذا في التدبير
وفائدته هذا انه لو لم يكن للمولى مال **غيره سعى** في ثلثي قيمته لانه احتبس
عنده مالية الثلثين فوجب عليه السعاية ليخلص رقبتها من الرق
قوله لما روينا اشارة الى حديث ابن عمر رضي الله عنهما وقد ذكرنا **قوله** والحكم
اي العتق **قوله** فينفذ من الثلث اي ينفذ التدبير من الثلث باعتبار انه مضاف
الى ما بعد الموت **قوله** حتى لو لم يكن له مال غيره اي المدبر وحتى لبيان
النتيجة من قوله فينفذ من الثلث **قوله** وان كان على المولى دين سعى في كل قيمته
وهذا ايضا لفظ القدوري يعني اذا كان على المولى دين مستغرق لرقبة المدبر
سعى في جميع قيمته لغرماء المولى لان الوصية لا يصح مع الدين المستغرق
لان الدين مقدم على الوصية الا ان عتقه وجب بالموت ولا يمكن فسخه
فلزمه رد قيمته التي سلمت له **قوله** وولد المدبرة مدبر هذا لفظ القدوري في
مختصره وعامة النسخ هنا بالتأنيث في المضاف اليه وهو الصواب وفي
بعض النسخ بالتذكير وليس بصحيح لان ولد العبد المدبر لا يخلو اما ان كان
من امة او حرة فان كان من امة يكون رقيقا لمولاه ولا يكون مدبرا كابيه وان
كان من حرة يكون حرا بخلاف ما اذا كان الولد من امة مدبرة فانه يكون مدبرا
تبعا لامها لان الاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد ولهذا صح

[illegible] في السائل في قسم المبسوط وقال ولد المدبرة بمنزلتها لما روي عن عثمان
وزيد بن ثابت وابن عمر رضي الله عنهم ان اولاد المدبرة مدبرون وكذلك في الفتاوى
الولوالجي حيث قال وولد المدبرة بمنزلتها كولد الحرة وهذا مذهبنا وقال
الشافعي رحمه الله لا يدخل الولد في تدبيرها لنا ما روي عن ابن مسعود
رضي الله عنه انه قال ولد المدبرة بمنزلتها يعتق بعتقها ويرق برقها
وروي انه خوصم الى عثمان رضي الله عنه في اولاد مدبرة فقضى ان ما
ولدته قبل التدبير عبيد وما ولدته بعد التدبير مدبر وكان ذلك بحضرة
الصحابة من غير خلاف وبه قال شريح ومسروق وعطاء وطاوس ومجاهد
والحسن وقتادة رضي الله عنهم ولا نعرف من السلف خلاف ذلك كذا ذكره
الشيخ ابو نصر البغدادي وغيره وقال صاحب الهداية رضي الله عنه
على ذلك نقل اجماع الصحابة رضي الله عنهم اي على هذا الحكم وهو ان ولد المدبرة
مدبر ولان حرية الام تعلقت بمطلق موت المولى فتسري الى الولد
كما في الاستيلاد فان قلت حرية متعلقة بصفة فلا تسري الى الولد كما في
تعليق الحرية بدخول الدار قلت هذا القياس ليس بصحيح لمخالفة
الاجماع وايضا لا بد للقياس من مماثلة بين المقيس والمقيس عليه فلا نسلم المماثلة
لان في المقيس حصل الاسم الخاص على الانفراد نصا كالاستيلاد وفي المقيس عليه لم
يحصل الاسم الخاص فافترقا **قوله** وان علق التدبير بموته على صفة مثل
ان يقول ان مت في مرضي او سفري او من مرض كذا فليس بمدبر وتجوز بيعه
وهذه من مسائل القدوري اعلم انه اذا علق التدبير بصفة كما في هذه
المسائل وكما في قوله ان قتلت فانت حر وفي قوله ان غرقت فانت حر لا يكون
مدبرا حتى يجوز بيعه وسائر التصرفات فيه لان موته بهذه الصفة متردد
لانه يجوز ان لا يموت من ذلك المرض او من ذلك السفر ويجوز ان لا يقتل
وان لا يغرق ثم اذا مات من غير ذلك الوجه لا يعتق لعدم الشرط وهو الموت
بصفة وان مات

بصفة وان مات من ذلك الوجه عتق في آخر جزء من اجزاء حياته لزوال
التردد حينئذ ولا يحتاج الى اعتاق الورثة بخلاف ما اذا اخر عتقه عن
الموت وقال انت حر بعد موتي بساعة او بيوم او بشهر ونحوه فانه لا
يعتق الا باعتاق الورثة او الوصي او القاضي لانه وصية بالاعتاق كما
اذا علق عتقه بموته وشرط آخر كما اذا قال ان مت انا وفلان فانت
حر او قال انت حر بعد موتي وموت فلان لم يصر مدبرا الا اذا مات
فلان قبله فحينئذ يصير مدبرا وكذلك اذا قال اذا كلمت فلانا فانت
حر بعد موتي فكلمه صار مدبرا وقبله لا يصير مدبرا كذا نص الحاكم **قوله**
وهو كائن لا محالة اي مطلق الموت كائن لا تردد فيه بخلاف الموت على
صفة فان فيه ترددا فلا ينعقد التدبير سببا في الحال **قوله** فان مات
المولى على الصفة التي ذكرها عتق هذا لفظ القدوري ايضا قال صاحب الهداية
معناه من الثلث اي معنى قوله عتق **قوله** لتحقق تلك الصفة فيه اي في
آخر جزء من اجزاء حياته وهو دليل قوله تثبت التدبير في آخر جزء من اجزاء
حياته يعني انما يثبت التدبير في ذلك الوقت لتحقق الصفة بزوال التردد
حينئذ **قوله** فلهذا يعتبر من الثلث ايضاح لثبوت الحكم في آخر جزء من
اجزاء حياته **قوله** ومن المقيد اي ومن جملة التدبير المقيد قوله ان
مت الى سنة فانت حر او قال ان مت الى عشر سنين فانت حر لما ذكرنا
اي للتردد في الصفة **قوله** بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا
يعيش اليه في الغالب يعني اذا قال ان مت الى مائة سنة فانت حر ومثله
لا يبقى الى ذلك الوقت في الغالب يكون مدبرا لانه كالكائن لا محالة وهذا الذي
ذكره رواية الحسن عن ابي حنيفة في المنتقى وذكر الفقيه ابو الليث في نوادره
لو ان رجلا قال لعبده انت حر ان مت الى مائة سنة قال ابو يوسف
هذا مدبر مقيد وله ان يبيعه وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه

على انه لا يعيش الى تلك المدة فصار كانه قال ان متّ فانت حرّ قال الفقيه ابو
الليث هذا بمنزلة الاعمار والرقبى وفي رجل تزوج امراة الى مائة سنة
قال الحسن جاز النكاح لانهما لا يعيشان الى ذلك الوقت وفي قول علمائنا
الثلاثة لا يجوز النكاح الا هنا لفظ التوازل وقد ذكرنا في كتاب النكاح رواية
الحسن عن ابي حنيفة في باب الاولياء والاكفاء قال اذا ذكر مدة
لا يعيش الى مثله جاز النكاح ويلغوا ذكر المدة واختار الولوالجي في فتاواه
ما ذهب اليه ابو يوسف حيث قال الرجل قال لعبده انت حر ان مت
الى مائة سنة ثم باعه جاز بيعه لانه مدبر مقيد لانه يتصور ان لا يموت الى
مائة سنة وكذا لو تزوج امراة الى مائة سنة لا يجوز النكاح لانه موقت
لانه يتصور ان يعيش اكثر من مائة وختم الباب بمسئلة ذكرها في الشامل في
قسم المبسوط تكثيرا للفوائد قال انت حر يوم اموت فان نوى الوقت يكون
مدبرا لان اليوم يذكر ويراد به الوقت فكان العتق معلقا بمطلق الموت وان
نوى النهار لا يكون مدبرا لانه معلق باليوم لا بالموت والله اعلم

باب الاستيلاد

مناسبة باب الاستيلاد بباب التدبير ظاهرة وهي ان في كل منهما استحقاق العتق في
الحال وحقيقته بعد الموت الا ان التدبير لما كان ثابتا بالانشاء كالعتاق
قدمه على الاستيلاد فان ثبوته بثبوت النسب على وجه الاختيار لا الانشاء
قوله اذا ولدت الامة من مولاها فقد صارت ام ولد له لا يجوز بيعها ولا
تمليكها **اعلم** ان الاستيلاد طلب الولد لغة وام الولد من الاسماء الغالبة
على بعض من يقع عليه الاسم كالنجم للثريا والصعق لخويلد ابن نفيل ابن عمرو بن
كلاب وهو في الاصل اسم لكل من اصابته الصاعقة ثم غلب عليه وفي اصطلاح
اهل الشرع ام الولد كل مملوكة يثبت نسب ولدها من مالك لها كلا او بعضا وحكم الاستيلاد فانه لا يجوز بيعها ولا اخراجها من ملكه بوجه من الوجوه
ويجوز

ويجوز اعتاقها وتدبيرها وكتابتها ووطيها واستخدامها هذا في حالة
حياة السيد فاذا مات السيد تكون حرة من جميع المال من غير سعاية
لا لغريم ولا لوارث قال في شرح الاقطع قال بشر بن غياض يجوز بيع ام
الولد لنا اجماع الصحابة على عدم جواز بيعها الا ترى في ما حدث ابو
داود في سننه باسناده الى عطاء عن جابر عن عبد الله قال بعنا امهات
الاولاد على عهد رسول الله وابي بكر فلما كان عمر نهانا فانتهينا وذكر محمد بن
الحسن في الاصل حديث سعيد ابن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه وسلم
بعتق امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين وحديث ابراهيم النخعي
ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه كان ينادي على منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم
الا ان بيع امهات الاولاد حرام ولا رق عليها بعد مولاها وذكر محمد بن عبد الله
قارب قال اشترى ابي امة من رجل قد اسقطت منه فامر عمر بن الخطاب بردها
وقال ابعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن وعن ابن عباس رضي الله عنه
ان النبي صلى الله عليه قال حين ولدت ام ابرهيم اعتقها ولدها ولان نسب ولدها
ثابت من مولاها فلم يجز بيعها كما في حال الحمل ولان الجزئية ثابتة بين الواطي
والموطوءة بواسطة الولد حيث يضاف الولد الى كل واحد منهما كملا ولهذا
ثبت حرمة المصاهرة فصارت اصوله وفروعه كاصولها وفروعها وبالعكس فلما
كان الولد مضافا الى الواطي صارت الجارية ايضا مضافة اليه بواسطة ولد يضاف
اليه واليه اشار رسول الله صلى الله عليه بقوله اعتقها ولدها الى صار الولد معتقا
لها بنسبه لكن بعد انفصال الولد ضعف السبب اعني سبب العتق وهو الجزئية
بينهما لان الجزئية بقيت حكما لا حقيقة فلما ضعف السبب ثبت حكم العتق
متراخيا الى ما بعد الموت ولم يثبت في الحال ولم يجز بيعها في الحال وان لم يثبت
العتق في الحال لانها استحقت الحرية فلو جاز بيعها لبطل استحقاقها **قوله** وبقاء
الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تقع في حقهم

... ولهذا اطلق الجواب سوال مقدر اذ يقال لو كانت الجزئية حكما لواسطة الولد بين الواطي والموطوءة بسببها لوجب عتق الجارية بعد موت السيد والجزئية تشملهما جميعا كان ينبغي ان يعتق الواطي بعد موت الموطوءة اذا ملكته بعد الولادة بان تزوجت حرة عبدا لغيرها ثم ولدت منه فاشترته ثم ماتت فاجاب عنه بهذا الكلام يعني ان الجزئية باعتبار النسب والنسب الى الاباء لا الى الامهات هو معنى قوله وهو من جانب الرجال فلهذا يقع الحرية في حقهم لتحقق سببها وهو الجزئية باعتبار النسب حتى اذا استولد رجل جارية الغير بنكاح ثم ملكها تصير ام ولد له عندنا خلافا للشافعي وهي مسئلة المبسوط ولا يقع الحرية في حقهن لعدم تحقق السبب لان النسب ليس اليهن حتى اذا ملكت زوجها بعد ما ولدت منه لا يعتق الزوج اذا ماتت فاعرفه فقد خبط بعضهم في شرحه في هذا المقام ثم

اعلم ان الاستيلاد فرع النسب فكل علوق يتعلق به ثبوت النسب فالايصير ام ولد له ولهذا اذا استولدها بزنا ثم ملكها لا تصير ام ولد له لعدم النسب ولو استولدها بنكاح ثم ملكها تصير ام ولد له لوجود النسب ولا يقال يرد عليكم ما ذكر في دعوى الاصل وهو قوله امة بين رجلين ولدت ولدا فقال كل واحد منهما لصاحبه ان الولد ابنك لا يكون ابن واحد منهما وهو حر وامه بمنزلة ام الولد موقوفة لا يملكها واحد منهما فقد ثبت الاستيلاد بغير ثبوت النسب والاستيلاد فرع للنسب فلا يثبت مع عدم النسب كالو ولدت من الزنا لانها قد اجتمعا على ان نسب الولد ثابت في الجملة لان كل واحد منهما اقر على صاحبه بثبوت نسب الولد وان الجارية ام ولده فلم ينفك الاستيلاد عن النسب

قوله فلذا الحرية صحت الرواية بالحاء لا بالجيم وهذا نتيجة لما تقدم فلهذا ذكر بالفاء يعني ان الجزئية لما كانت باعتبار النسب انتج ان الحرية وقعت في حقهم لا في حقهن والبيان مرة **قوله** وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان

الاستيلاد لا يتجزى يعني اذا كانت الجارية مشتركة بين اثنين فاستولدها احدهما يكون كل الجارية ام ولد له كما يجي في هذا الباب ان شاء الله وذلك لان الاستيلاد فرع النسب والنسب لا يتجزى فكذلك فرعه وهو الاستيلاد فيما يمكن نقل الملك فيه وهذا خلاف ما قال في باب العبد يعتق بعضه بقوله والاستيلاد متجزي عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه لان نصيب الشريك لا يقبل النقل فاقتصر الاستيلاد على نصيب المستولد وقد بينا في ذلك الباب وجه **قولنا** الاستيلاد لا يتجزى ان لا يتجزى فيما يمكن نقل الملك فيه والمدبرة ليست بقابلة للنقل من ملك الى ملك فلا يتناقض ما قال هنا وما قال ثمة **قوله** وله وطيها واستخدامها واجارتها وتزويجها وهذه من مسائل القدوري وذلك لان الملك لم يزل عن ام الولد كالمدبر وانما ثبت لها حق العتق لا حقيقته فلا يمنع هذه المعاني لعدم زوال الملك

قوله ولا يثبت نسب ولدها الا ان يعترف به وهذا لفظ القدوري في مختصره اي لا يثبت نسب ولد الامة الا اذا اعترف المولى سواء وطيها او لم يطيها وقال الشافعي رحمه الله الامة تصير فراشا بالوطي فاذا اقر بوطيها ثم اتت بولد ثبت نسبه منه وان لم يدعه كذا في شروح الاقطع وجه قوله ان نسب ولد المنكوحة يثبت بمجرد عقد النكاح بلا دعوة لان العقد يفضي الى الولد فلان يثبت نسب ولد الامة بمجرد الوطي بلا دعوة اولى لان الوطي اكثر افضاء الى الولد من العقد ولنا ان وطي الامة قد يقصد به الولد وقد يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عن طلب الولد لانه اذا استولدها يسقط عنها التقوم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وينتقص قيمتها عندهما فلما كان وطي الامة محتملا لم يكن مجرد الوطي دليلا على الفراش فلم يثبت النسب بلا دعوة بمجرد ملك اليمين بخلاف المنكوحة فان نسب ولدها يثبت بمجرد عقد النكاح لان النكاح لم يشرع الا لطلب الولد فكان العقد دليلا عليه فثبت بلا دعوة ولان الوطي في الامة لو ...

ثبت به الفراش بلا دعوة لثبت النسب المبيح للوطء ايضا وهو ملك
اليمين كالوطء في المنكوحة لما ثبت الفراش ثبت النسب المبيح له وهو ملك
النكاح واللازم منتف فينتفي الملزوم وهو ثبوت الفراش بوطء الامة
فان قلت الفراش يثبت بمجرد وطء الامة بدليل ما خرجه البخاري في
الصحيح باسناده الى عروة بن الزبير ان عايشة رضي الله عنها قالت كان عتبة
ابن ابي وقاص عهد الى اخيه سعد ابن ابي وقاص ان يقبض اليه ابن وليدة زمعة
فلما قدم رسول الله صلى الله عليه زمن الفتح اخذ سعد ابن وليدة زمعة فاقبل به الى
رسول الله صلى الله عليه واقبل معه بعبد ابن زمعة فقال سعد يا رسول الله هذا ابن
اخي عهد الي انه ابنه فقال عبد بن زمعة يا رسول الله هذا اخي ابن زمعة ولد على
فراشه فنظر رسول الله الى ابن وليدة زمعة فاذا هو اشبه الناس به فقال
رسول الله صلى الله عليه لك يا عبد بن زمعة من اجل انه ولد على فراش ابيه فقال
رسول الله صلى الله عليه احتجبي منه يا سودة بنت زمعة بما راى
بشبهه بعتبة وكانت سودة زوج النبي صلى الله عليه والوليدة هي الامة
قلت لا نسلم لان النبي صلى الله عليه لم يحكم بالفراش ثبوت النسب لانه
قال هو لك يا عبد بن زمعة فلو ثبت النسب لقال هو اخوك وقوله هو لك
يفيد التمليك لا النسب وهو المعلوم من كلام العرب ولانه صلى الله عليه امر
سودة بالاحتجاب عنه فلو اثبت النسب لكان اخا لها فلا تحتجب الاخت
عن الاخ قوله لوجود المانع عنه اي عن طلب الولد والمانع سقوط التقوم
عنها عند ابي حنيفة لان ام الولد ليست متقومة عنده ونقصان القيمة
عند صاحبيه لان قيمتها ثلث قيمة القن لبقاء منفعة الوطء وزوال منفعة
السعاية والبيع وقد مر بيان انها ليست بمتقومة في اخر باب العبد يعتق
بعضه قوله مقصودا منه اي من العقد يعني ان الولد هو المقصود من العقد في
المنكوحة قوله فان جاءت بعد ذلك بولد ثبت نسبه بغير اقرار هذا لفظ
القدوري

القدوري في مختصره اي فان جاءت الامة بولد بعد اعتراف المولى بولدها الاول ثبت
نسب ولدها بعد الولد الاول من غير دعوة لانه لما اعترف بالولد الاول
صارت الامة فراشا لانه تعين الولد مقصودا من الوطء فلم يبق احتمال قضاء
الشهوة فيثبت نسب ولدها بعد ذلك بلا دعوة كما في المنكوحة لما كانت فراشا
لم يكن حاجة الى الدعوة في ثبوت النسب وهو يعني قوله كالمعقودة اي
كالمنكوحة الا ان الامة وان كانت فراشا بالدعوة ينتفي نسب ولدها
بمجرد النفي من غير لعان لان فراش ام الولد ضعيف حيث يقبل النقل من فراش
المولى الى فراش غيره بالتزويج بخلاف فراش المنكوحة فانه قوي لا يقبل
النقل ولهذا لم ينتف نسب ولدها بمجرد النفي حتى ينضم اليه اللعان والحاصل
ان الفراش ثلاثة قوي كفراش الزوجة يثبت نسب ولدها من غير دعوة
ولا ينتفي الا باللعان ووسط كفراش ام الولد يثبت نسب ولدها من غير دعوة
وينتفي بغير لعان وضعيف كفراش الامة لا يثبت نسب ولدها الا بالدعوة
وينتفي بغير لعان فاشبه فراش ام الولد فراش المنكوحة من وجه من حيث ان
نسب ولدها يثبت من غير دعوة فصار فيه قوة وفراش الامة من وجه حيث
انتفى نسب ولدها بمجرد النفي فصار فيه ضعف فكان وسطا قوله وهذا الذي ذكرناه
حكم اي الذي ذكرنا من مختصر القدوري في قوله ولا يثبت نسب ولدها الا
ان يعترف به بيان الحكم والقضاء يعني لا يثبت نسب ولد الامة من المولى
قبل اعترافه قضاء اما حكم الديانة وهي الامر فيما بينه وبين الله تعالى
فان كان وطئها ولم يعزل عنها وحصنها يلزمه دعوة الولد عملا بالظاهر لان
الظاهر من حال المسلم ان لا ينفي ولده من التي وعدم العزل دليل ظاهر
على ان الولد من المولى فالعمل بالظاهر واجب والمراد من التحصين ان يمنعها
من الخروج والبروز وعن مظان الريبة والعزل ان يطأها ولا ينزل في موضع الجماع
اما اذا وطئها وعزل او وطئها ولم يعزل لكن لم يحصنها جاز للمولى نفي

قوله لتعارض الظاهرين فكان الظاهر عدم الزنا وان كان الظاهر انه العزل لا
عدم التحصين يضاد لما ابتنى على الولادة من الزنا فوقع الشك والاحتمال في
كون الولد من المولى فلم يلزمه الدعوة بالشك والاحتمال بخلاف نفيه وهذا اعني
لزوم الدعوة في الصورة الاولى وجواز النفي في الصورة الثانية مروي عن ابي حنيفة
رضي الله عنه قوله لان هذا الظاهر اشارة الى قوله لان الظاهر ان الولد منه
قوله يقابله ظاهر اخر وهو ان يكون الولد من الزنا مر بيانه انفا قوله
وفيه روايتان اخريان عن ابي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي بعض النسخ
اخريان وهو الصحيح وقال بعضهم في شرحه والاصح اخراوان وذلك ليس بشيء
كاخراوان لان ما اخره الف مقصورة اذا كانت رابعة فصاعدا تنقلب ياء في
التثنية لا محالة كقولهم غشيان وحبليان وحباريان والالف في اخرى مقصورة
رابعة كما ترى لانها تانيث الاخر فلم يكن في تثنيتها وجه سوى ان تقلب
الفها ياء بخلاف مذروان في اسم طرف الاليتين حيث قيل بالواو للزوم التثنية
لانه من ذري مذروان ولهذا يقال في تثنية المذرى الذي هو الة التذرية
مذريان بالياء ايضا وقد عرف في موضعه وفي بعض النسخ كرر لفظ عن فقال
عن ابي يوسف وعن محمد فقال بعض الشارحين اي عن ابي يوسف رواية
واحدة وعن محمد كذلك رواية واحدة وهو فائدة اعادة عن ولنا نظر في
فائدة اعادة عن لانك اذا اخذت درهمان عن زيد وعمرو بلا تكرار عن لا يفهم ان
الدرهمين اخذا عن زيد والدرهمين الاخرين اخذا عن عمرو بل المفهوم ان
الدرهمين بعضهما حصل من زيد والبعض الباقي من عمرو فكذا فيما نحن فيه
بعض الروايتين عن ابي يوسف وبعضها عن محمد فيكون عن كل منهما
رواية واحدة فلا حاجة في تكرار عن بل تكرار عن يوهم ان الروايتين عن
ابي يوسف وروايتان اخريان عن محمد وليس كذلك ثم الروايتان ذكرتا في
المبسوط فقال وعن ابي يوسف اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت
بالولد

بالولد فعليه ان يدعيه سواء عزل عنها او لم يعزل حصنها او لم يحصنها
الظن بها دخلا لا احتياط العلاج ما لم يتيقن خلافه وعن محمد قال
ينبغي ان لا يثبت النسب اذا لم يعلم انه منه ولكن ينبغي ان يعتق الولد ويستمتع بها
ويعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط
من الجانبين وذلك بان لا يدعي النسب ولكن يعتق الولد ويعتقها بعد
موته لاحتمال ان يكون منه وقال في الايضاح قال ابو يوسف
اذا كان وطئها ولم يحصنها فاحب الي ان يدعيه وقال محمد احب الي
ان يعتق ولدها ويستمتع منها فاذا مات اعتقها ولفظ المبسوط يدل
على الوجوب ولفظ الايضاح يدل على الاستحباب قوله وان زوجها
المولى من رجل فجاءت بولد فهو في حكم امه وهذا لفظ القدوري في مختصره و
قال الحاكم في الكافي وان زوج ام ولده من رجل فولدت له ولدا فالولد بمنزلة
الام يعني اذا مات المولى يعتقان من جميع المال وذلك لان الاستيلاد قد
استقر فيها والاوصاف القارة في الامهات تسري الى الاولاد لان الولد جزء
الام فيحدث على وصفها كالتدبير ولهذا كان ولد الامة قنا وولد الحرة حرا
لكن نسب الولد الى الزوج لان فراش ام الولد من المولى بطل بفراش الزوج
لان فراش النكاح اقوى حتى اذا ادعاه المولى لا يثبت نسبه منه لان النسب
ليس بمتجزي فلا يثبت من المولى بعد ان يثبت من الزوج ويعتق ولدها بدعوة
المولى وان لم يثبت النسب منه لاقراره بالحرية قال صاحب الهداية
تصير امه ام ولد له لاقراره وفيه نظر لنا لان الصيرورة تستعمل في
الانتقال من حال الى حال والام ام ولد للمولى لا محالة لان الكلام وقع في
تزويج ام الولد فلا حاجة الى ان يقول تصير امه ام ولد له فلو كان الكلام
في تزويج الامة لتمشى ولهذا قال في الشامل في قسم المبسوط زوج امته من
عبده فولدت فادعى المولى الولد لا يثبت النسب لان العبد لان يملك

... [illegible] ... العتق ... وتيسير
... ام ولد ... [illegible] ... اعلم ان تزوج ام الولد انما
يصح اذا ... [illegible] ... باطل ... الجمع بين
... [illegible] ... قوله اذا الفاسد كتاب
... الصحيح في حق الاحكام اي النكاح الفاسد ملحق بالنكاح الصحيح في
الاحكام كثبوت النسب ووجوب المهر والعدة لكن بعد الدخول لان
النكاح الفاسد لا حكم له قبل الدخول لكونه واجب الدفع فاذا دخل بها يكون
له شبهة الصحيح فيلحق به في حق الاحكام قال بعضهم في شرحه ومن
الاحكام ثبوت النسب وعدم جواز البيع والوصية قوله ثبوت النسب
مسلم اما قوله وعدم جواز البيع والوصية فلا تعلق له بالنكاح اصلا
لا بالصحيح ولا بالفاسد فلا ادري اين كان قلب هذا الشارح وقت الشرح النكا
قوله ولو ادعاه المولى لا يثبت نسب الولد من المولى قوله واذا مات
المولى عتقت من جميع المال هذا لفظ القدوري ايضا اي اذا مات المولى
عتقت ام الولد سواء زوجها مولاها من رجل او لم يزوجها لكن عتقها يعتبر من مقدم
جميع المال سواء خرجت من الثلث او لم تخرج وهذا لما روى محمد بن الحسن في الاصل
حديث سعيد بن المسيب قال امر رسول الله صلى الله عليه بعتق
امهات الاولاد من غير الثلث وقال لا يبعن في دين ولان الولد من
الحوائج الاصلية لان المرء يحتاج في ابقاء النسل كما انه يحتاج في ابقاء النفس
ولهذا كان له ان يتملك مال ابنه بلا اذنه دفعا لحاجته لكن حاجته في ابقاء
النفس فوق حاجته في ابقاء النسل ولهذا اذا استولد جارية ابنه فولدت
منه كانت ام ولد له بالقيمة واذا تناول طعام الابن لا يضمن القيمة فلما
كان الاستيلاد من الحوائج الاصلية قدمت ام الولد على الدين والارث كالتكفين تقديم ام الولد
فلم تلزم السعاية عليها لا للغريم ولا للوارث بخلاف المدبر فانه يعتق من الثلث
اذا

اذا مات ... [illegible] ... وعليه السعاية للغريم ... [illegible] ... اذا خرج من الثلث
من زوايد الحوائج لكونه وصية بالعتق قوله بخلاف التدبير اي الاستيلاد
بخلاف التدبير ولهذا لا يقدم المدبر ... [illegible] ... والدين ... من زوايد
الحوائج قوله لما روينا اشارة الى حديث سعيد بن المسيب ... [illegible] ... ان النبي
امر بعتق امهات الاولاد وان لا يبعن في دين وفي بعض نسخ القدوري ان يبعن
في دين قوله ولا لها النسب بمال متقوم وذلك لان ام الولد لا تجوز ... [illegible]
الاموال وقد مر بيان ذلك قبيل باب عتق احد العبدين قال في تحفة الفقهاء ام الولد لا
تضمن عند ابي حنيفة بالغصب ولا بالقبض في البيع الفاسد ولا بالاعتاق
بان كانت ام ولد بين شريكين فاعتقها احدهما لم يضمن المعتق لشريكه ولم
تسع ايضا في شيء وقال ابو يوسف ومحمد تضمن في ذلك كله ثم قال في التحفة
واجمعوا ان المدبر متقوم وروي عن محمد في الاملاء انه قال ان ام الولد تضمن في
الغصب عند ابي حنيفة بما يضمن به الصبي الحر اذا غصب اراد بهذا انها اذا ماتت
من سبب حادث من جهة الغاصب بان ذهب بها الى طريق فيها سباع فا
فاتلفتها ونحو ذلك ثم قال فيها واجمعوا انها تضمن بالقتل لان ديتها متقوم وضمان
القتل ضمان دم وهي من مسائل الخلاف قوله حتى لا تضمن بالغصب يعني
اذا غصب ام الولد فماتت ميتة نفسها عند الغاصب لم يضمنها عند ابي حنيفة
خلافا لهما لانها ليست متقومة عنده اما المدبر اذا مات عند الغاصب
فهو ضامن لقيمته بالاتفاق لان المدبر متقوم بالاجماع ولا يلزم على هذا
ما ذكر في الجامع الصغير ان المدبر اذا مات عند المشتري لا يكون مضمونا كام
الولد لا تكون مضمونة اذا ماتت عند المشتري عند ابي حنيفة اما ام
الولد فظاهر واما المدبر فانما لم يضمن لانه اخذه باذن البايع فصار امانة في
يده فلم يكن مضمونا اذا هلك عند المشتري وان كان متقوما والمسألة تجيء في
كتاب البيوع ان شاء الله تعالى قوله فلا يتعلق بها حق الغرماء كالقصاص في ما لم تكن

ام الولد لا استسعاء لا يتعلق بام الولد حق الغرماء كالقصاص لما لم يكن ما لا متقوما لم
يتعلق به حق الورثة حتى اذا مات المديون وهو ولي القصاص لم يكن للغرماء
ان يبطلوا على الورثة القصاص لاستيفائهم حقوقهم فلا يجوز ان يمتنعوا مما لا ينقلب الى ما
ليس بمال ولهذا اذا قتل المديون رجلا عمدا لم يكن للغرماء ان يمنعوا ولي القصاص
من استيفاء القصاص لان حق الغرماء لا يتعلق بالقصاص لانه ليس بمال وكذا
اذا جنى رجل على مديون فعفا عنه ثم سرى الى النفس لا يعتبر منع الغرماء عن العفو لان
حقهم لا يتعلق بالقصاص لعدم كونه مالا **قوله** واذا اسلمت ام ولد
النصراني فعليها ان تسعى في قيمتها وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة ذكرها
ههنا في كتاب المكاتب فيه ثم هي لا تعتق حتى تؤدي قيمتها وعند زفر تعتق
في الحال وعليها السعاية وهي حرة تسعى في قيمتها وكذا الخلاف في مدبر النصراني
اذا اسلم المدبر ذكره في المختلف ثم هذا الخلاف بعد اباء النصراني الاسلام
اذا عرض عليه لانه اذا اسلم بعد العرض تبقى ام ولد وهو مذكور في المتن وجه
قول زفر رحمه الله انها لما اسلمت وجب ازالتها عن ملك النصراني لان المسلمة
لا يجوز ان تكون في ذل النصراني ولم يمكن البيع لان ام الولد لا يجوز بيعها فلذا
المدبر فتعين الازالة بالعتق فتسعى بعد ذلك ولنا ان المسلمة لا يجوز
ان تكون في ذل النصراني فوجب اخراجها عن ملكه دفعا للذل ولا يمكن
البيع لما قلنا ولا يجوز ان يبطل ملك النصراني مجانا لانه معصوم
فوجب عليها السعاية فلا يعتق ما لم تؤد قيمتها لانها اذا اعتقت فسعت
بعد ذلك كما هو مذهب زفر يؤدي الى تعطيل حق المولى لتوانيها
في الكسب حينئذ لحصول الحرية قبل السعاية فقلنا تسعى ثم تعتق
نظرا للجانبين لانها اذا سعت تصل الى شرف الحرية وهي حرة يدا حال
السعاية ويصل المولى الى بدل ملكه وهذا بخلاف مملوك النصراني اذا
اسلم فانه يؤمر بالبيع لان البيع اوجب للحقوق لان المكاتب ربما يعجز
فيحتاج

فيحتاج الى بيعه فصارت الكتابة تؤخر المولى عن البيع فلا يصار الى البدل
ما دام الاصل مقدورا عليه ولا يلزم على ما قلنا ان الكتابة على القيمة باطلة
لانها انما تبطل اذا لم تقدر القيمة مع المسلمة فههنا ان القاضي
يقدر القيمة فيثبتها عليها كذا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فلو
عجزت عن اداء القيمة لا ترد الى الرق لانها لو ردت الى الرق ترد
الى الكتابة لموجب الكتابة وهو اسلامها فيلزم الدور وهو فاسد
لكن اذا مات النصراني تعتق ولا سعاية عليها لكونها ام الولد قالوا قيمة
ام الولد ثلث قيمتها قنة مر في هذا الباب وفي باب العدة يعتق بعضه
ايضا **قوله** ومالية ام الولد يعتقدها الذمي متقومة فيترك وما
يعتقده اي نترك الذمي مع ما يعتقده لقوله عليه السلام اتركوهم وما
يدينون وهذا الذي ذكره جواب سؤال مقدر بان يقال كيف تسعى ام
ولد النصراني السعاية في القيمة دليل التقوم وام الولد ليست بمتقومة
عند ابي حنيفة فاجاب بهذا وهو ظاهر ولان بدل الكتابة يستقابل بما
ليس بمال وهو فك الحجر فلم يدل السعاية على تقوم ام الولد وقد مر بيان
ذلك في باب العبد يعتق بعضه **قوله** ولو مات مولاها اي مولى ام
ولد النصراني وهو النصراني **قوله** لقيام الموجب اي الموجب
للكتابة وهو اسلام ام الولد **قوله** ومن استولد امة غيره بنكاح
ثم ملكها صارت ام ولد له وهذه من مسايل القدوري صارت
ام ولد له شرعا لانها كانت ام ولد له من قبل حقيقة قال في شرح الطحاوي
فان استولدها وهي في ملك الغير بنكاح ثم اشتراها مع الولد او بغير الولد
صارت ام ولد له عندنا وعند الشافعي لا تصير ام ولد له وكذلك لو ثبت
نسب ولدها بوطء بشبهة ثم ملكها فهي ام ولد له من حين ملكها لا من
وقت العلوق عندنا كذا في التحفة وفايدة كونها ام ولد من وقت الملك

الا لو ملك ولدها منه يعتق عليه لقوله عليه السلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر
ولو ملك ولدها من غيره لم يعتق لانه ليس بابن ام ولد له وله بيعه عندنا
لان الاستيلاد يثبت فيها من حين ملكها وعند زفر كل من ولد بعد ثبوت
نسب ولدها منه من حين ملكه فهو ابن ام ولد له ولنا ان الاستيلاد
ثبت فيها من وقت الملك والولد منفصل في تلك الحال فلا سراية في المنفصل
وجه قول زفر اذا ملكها تصير ام ولد له بالعلوق السابق فبعد ذلك
العلوق كل من ولدت ثبت له حق الحرية ثم وجه قول الشافعي في اصل
المسئلة انه وطئ في غير ملك فلا يتعلق به ولهذا الوطء جارية الغير زنية
ثم ملكها لا تصير ام ولد له بالاتفاق ولنا ان سبب امية الولد الجزئية
الثابتة بين الواطي والموطوءة بواسطة الولد لان الولد ينسب الى كل
واحد منهما كملا والنسب ثابت فيثبت الجزئية ايضا بناء عليه فلما ثبتت
الجزئية صارت ام ولد فثبت لها حق العتق لتحقق السبب بخلاف
ما اذا استولدها بالزنى لان ولد الزنى ليس بثابت النسب وامية الولد
نوع ثبات النسب فلما لم يثبت النسب لم تثبت امية الولد وقال في شرح
الاقطع قال الفقهاء في رجل زنى بامة فولدت ثم ملكها عتق الولد عليه وجاز بيع
الام وقال زفر لا يجوز بيعها وهي بمنزلة ام ولد لنا ان الاستيلاد
جزئية يتعلق بالنسب والنسب لم يثبت فلم يثبت الاستيلاد وانما عتق
الولد لانه في حكم الجزء منه وجه قول زفر ان حكم الحرية لما ثبت
لهذا الولد بالولادة ثبت لامه ذلك كالولد الثابت النسب **قوله** وفيه
قولان اي للشافعي فيما اذا استولد الجارية بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها قولان
في قول تصير ام ولد وفي قوله الاخر لا تصير ام ولد **قوله** وهو ولد المغرور
والمغرور من يطأ امرأة معتمدا على ملك يمين او نكاح فتلد منه ثم تستحق و
سيجيء بيانه في كتاب الدعوى ان شاء الله تعالى وولده حر بالقيمة يوم الخصومة
قوله

قوله وهذا لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا وهذا اشارة الى قوله
فلا تكون ام ولد ولكن ينبغي ان لا تكون امة الغير التي استولدها بنكاح ثم ملكها ام
ولد لان امومية الولد باعتبار علوق الولد حرا ان استولدها بملك فاذا انعلق
الولد حرا ثبتت امومية الولد لكن لا يلزم الخلاف في الجزء والكل وهنا انعلق
الولد رقيقا لان الامومية ليست بملك المستولد فلا يثبت امومية الولد ايضا **قوله**
على ما ذكرنا من قبل اشارة الى قوله في اول الباب لان الجزئية قد حصلت بين
الواطي والموطوءة بواسطة الولد **قوله** وانما يعتق على الزاني اذا ملكه اي
ملك ولد الزاني هذا جواب سؤال يرد علينا بان يقال اذا لم يثبت نسبة الولد الى
الزاني كيف يعتق عليه اذا ملكه فقال انما يعتق عليه لانه جزؤه حقيقة بغير
واسطة بخلاف امومية الولد فانها لو ثبتت ثبتت بواسطة نسبة الولد ونسبة
الولد الى الزاني منقطعة فلا يثبت امومية الولد كما اذا اشترى اخاه من الزنى لا
يعتق عليه لان الاخ ينسب الى اخيه بواسطة نسبة الوالد ونسبة الوالد
منقطعة فلا يثبت الاخوة ايضا قالوا هذا اذا كان اخاه من ابيه اما اذا كان اخاه
من امه وقد ولدته امه زنية يعتق عليه اذا ملكه لان نسبته الى الوالدة غير الاب
لا ينقطع فيكون الاخوة ثابتة فيعتق بالملك **قوله** وهو غير ثابت اي نسبة
الوالد غير ثابتة في صورة الزنى **قوله** واذا وطئ جارية ابنه فجاءت بولد
فادعاه ثبت نسبه وصارت ام ولد له وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة
ولدها وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل فيه قوله عليه الله انت ومالك لوالدك
يروى لابي داود عن عمرو بن شعيب في السنن عن ابيه عن جده عن النبي عليه السلام
بيانه ان للاب تناول مال الابن دفعا لحاجته الى ابقاء نفسه فلذلك له تناوله
لحاجته الى ابقاء نسله بموجب الحديث فثبت له الملك في جارية الابن قبيل
الاستيلاد شرطا لصحة الاستيلاد لكن بالقيمة لان الحاجة الى ابقاء النسل
دون الحاجة الى ابقاء النفس لان الحاجة الى ابقاء النفس ضرورية ولهذا

... طعام الابن لا [illegible] ملك الاب فانعلق الولد حرا
لم [illegible] قيمته [illegible] ضمان الجزء مندرج تحت ضمان
[illegible] مستوفي في اخر باب النكاح
الرقيق [illegible] المسئلة بدلايلها في كتاب النكاح قال الولوالجي
لفظ الجارية اشارة الى انها لو كانت مدبرة الابن او ام ولده فالدعوة باطلة
وفيه اشارة ايضا الى انه لو وطيها الابن او لم يطاها سواء لان حرمة الوطء لا
تمنع ثبوت النسب وثبوت الملك وفيه اشارة الى ان تكون الجارية في ملك
الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة وان تكون للاب صاحب ولاية من
ذلك الوقت الى وقت الدعوة بان لا يكون كافرا ثم اسلم او يكون عبدا ثم عتق
ولهذا لا يصح دعوة الجد مع بقاء الاب لعدم الولاية كذا نقل شيخنا برهان
الدين الخريفغني عن شيخه حميد الدين الضرير عن شيخه شمس الايمة الكردري
رحمهم الله **قوله** وان وطئ اب الاب مع بقاء الاب لم يثبت النسب
وهذا ايضا لفظ القدوري رحمه الله في مختصره وتمامه فيه فان كان الاب
ميتا ثبت من الجد كما يثبت من الاب اعلم ان اب الاب اذا وطي جارية
ابن ابنه فادعى ولدها لا يثبت النسب اذا كان الاب حيا لان ولاية
الجد منقطعة مع وجود الاب فاذا مات الاب فادعى بعد ذلك ثبت النسب
لظهور ولايته حينئذ وكذا اذا كان الاب حيا لا ولاية له بان يكون عبدا او
كافرا او مجنونا فالولاية للجد فيصح دعوته فان عادت ولاية الاب بان اسلم
او اعتق او افاق قبل الدعوة لم يقبل دعوة الجد بعد ذلك لان ولاية الجد قد سقطت
في حال من احوال العلوق كذا قال الشيخ ابو نصر رحمه الله ولو كان الاب مرتدا لم
يصح دعوة الجد عندهما لان تصرفات المرتد نافذة عندهما وعند ابي حنيفة
موقوفة فان اسلم الاب لم يصح دعوة الجد وان مات على الردة او لحق بدار
الحرب وقضى بلحاقه يصح ولو باع المولى الجارية وهي حامل ثم عادت اليه بالشراء
او بالرد

او بالرد بعيب او خيار شرط او فساد [illegible] لاقل من ستة اشهر [illegible]
لم يصح دعوة الجد ولا دعوة الاب [illegible] لانقطاع الملك [illegible]
الا اذا صدقه الابن فحينئذ يثبت النسب وصارت [illegible] ام ولده بالقيمة ويعتق
[illegible] اذا ادعى [illegible] ذلك وصدقه الابن كذا قال [illegible] العتابي [illegible] في شرح الجامع
في كتاب الدعوى والبينات **قوله** لانه قاطع للولاية اي لان كل واحد من الكفر
والرق قاطع للولاية **قوله** واذا كانت الجارية بين شريكين فجاءت بولد
فادعاه احدهما ثبت نسبه منه وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه و
صارت ام ولد له وعليه نصف عقرها ونصف قيمتها ولا شي عليه من قيمة ولدها
اعلم انه لا فرق بين ان تكون الدعوة في الصحة او المرض كذلك اذا ادعى
احدهما واعتق الاخر معا فالدعوة اولى سواء كان المدعي كافرا او مسلما نص عليه
الحاكم في الكافي اما ثبوت نسب الولد منه فلان النسب يثبت في نصف
المدعي لانه ملكه فيثبت في النصف الباقي ضرورة لان النسب لا يتجزى لعدم
تجزي سببه وهو العلوق لاستحالة انخلاق الولد من ماء رجلين وثبوت بعض
ما لا يتجزى كثبوت كله ولان النسب يثبت بشبهة الملك فلان يثبت
بنفس الملك اولى واما صيرورة الجارية ام ولد له فلان نصيبه من الجارية ام ولد
لانها ولدت في ملكه فيصير نصيب شريكه ايضا ام ولد له لان الاستيلاد لا
يتجزى فيما يمكن نقل الملك فيه وقد انتقل الملك بالاستيلاد في نصيبه كله وهذا
لان الاستيلاد يثبت به حرية متعلقة بالنسب فلا يتجزى كنفس النسب واما
وجوب نصف العقر فلان اصل الوطء حصل في ملكه وملك شريكه فما حصل في ملكه
لا يجب شي وما حصل في نصيب شريكه لا يجب به الحد للشبهة فوجب نصف
العقر لان الوطء في الاجنبية لا يخلو من احد الموجبين اما الحد واما العقر
تعظيما لاستحلال البضع واما وجوب نصف القيمة فلان نصف شريكه
انتقل اليه بالاستيلاد ولا يجوز ان ينتقل بلا عوض ولا عوض الا القيمة

وكان للشريك نصف القيمة يوم وطئها فعليه ... وفي شرح الحاكم وكذلك في نصف
العقر لا يلزمه نصف القيمة لان كل واحد منهما ضامن جزء بخلاف استيلاد الاب
جارية الابن حيث لا يلزمه العقر لانه لم يتحقق ضمان كل القيمة والتحقيق هنا
ان يقال ان الملك انما ثبت للاستيلاد مقرونا به والاستيلاد يثبت من وقت
العلوق فيكون العلوق بعد الوطء لا محالة فيكون اصل الوطء مصادفا
نصف شريكه فيلزمه نصف العقر بخلاف استيلاد الاب جارية الابن حيث
يثبت الملك شرطا للاستيلاد قبيل الوطء فيكون الوطء مصادفا ملكه فيه
فلا يلزمه عقر اصلا ثم يستوي اليسار والاعسار في ضمان نصف الشريك
لانه ضمان تملك كالبيع وبه صرح في الشامل في قسم المبسوط وقال الشيخ ابو نصر وروي عن
ابي يوسف ان كان المدعي معسرا سعت ام الولد لان منفعة الاستيلاد سلمت لها
فاذا تعذر التضمين لزمها السعاية كالعتق الموقع واما عدم وجوب ضمان
القيمة للولد فلان الولد انعلق في ملكه حرا لان الاستيلاد ثبت مستندا
الى زمان العلوق وقد ثبت الملك في نصيب الشريك بالاستيلاد من ذلك الزمان
فيكون العلوق حاصلا في ملكه لا في ملك شريكه فلا يجب القيمة هذا
اذا حبلت على ملكهما فان اشترياها وهي حامل فادعى احدهما ثبت نسبه و
يضمن لشريكه نصف قيمة الولد كذا في شرح الاقطع وهذا لانه لم يكن
الاستيلاد والدعوة الى وقت العلوق لان اصل العلوق لم يحصل في ملكهما
ولكن لما ادعى نسب ولد مشترك بينهما كان دعوة ملك وهي كاعتاق
موقع فيضمن نصيب شريكه في اليسار والاعسار لانه ضمان تملك كالبيع
ولا عقر هنا للشريك لان الوطء لم يوجد في ملك شريكه قوله لما ان سببه
لا يتجزى اي سبب النسب قوله وصارت ام ولد له اي لمدعيه وهذا
عطف على قوله ثبت نسبه قوله فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه الضمير
المنصوب راجع الى الوطء لا الى الاستيلاد اي يثبت الملك عقيب الوطء وهذا
لان الملك

لان الملك لا يثبت عقيب الاستيلاد بل يثبت معه من وقت العلوق
والعلوق بعد الوطء فيكون الملك بعد الوطء فيكون الوطء مصادفا نصيب
شريكه ايضا وظن بعض الشارحين ان الضمير راجع الى الاستيلاد فقال
هذا على اختيار بعض المشايخ والاصح ان الحكم مع علته يقترنان وذلك ليس بشيء لان
صاحب الهداية لم يختر ذلك المذهب بدليل انما اثبت الملك من زمان الاستيلاد
لا عقيب الاستيلاد الا ترى انه قال ولا يغرم قيمة ولدها لان النسب يثبت مستندا
الى وقت العلوق فلم يتعلق شيء على ملك الشريك فعلم ان ملك الشريك انتقل الى صاحب
الدعوة من زمان العلوق وهو زمان الاستيلاد لا بعده يعني قوله ولا يغرم اي
لا يغرم لشريكه المدعي قيمة ولد الجارية المشتركة قوله فان ادعاه معا ثبت نسبه
منهما وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وكانت الامة ام ولد لهما وعلى
كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بما له على الاخر ويرث الابن من كل واحد منهما
ميراث ابن كامل ويرثان منه ميراث اب واحد قال صاحب الهداية معناه اذا حبلت
على ملكهما اي معنى قول القدوري ثبت نسبه منهما اذا حبلت الجارية على
ملكهما بان ولدت لستة اشهر منذ اشترياها فولدت ولذلك فسر
العتابي في شرح الجامع تفسير الحبل على ملكهما لانه اذا لم يكن العلوق
في ملكهما بان ولدت لاقل من ستة اشهر من وقت الشراء كان دعوة
تحرير لا دعوة استيلاد فيعتق الولد ولا يثبت الاستيلاد لان دعوة
الاستيلاد ان يكون العلوق في ملك المدعي ويستند الحرية
فيها الى وقت العلوق ودعوة التحرير ان لا يكون العلوق في ملك المدعي
ويقتصر الحرية فيها الى وقت الدعوة ولانه اذا كان الحبل في ملك احدهما
نكاحا تكون الجارية ام ولد له اذا اشتراها مع شريكه لا ينتقل نصيب
شريكه اليه بالضمان وانما يثبت النسب منهما جميعا اذا كانا حرين مسلمين
اما اذا كان احدهما ذميا فدعوة المسلم اولى الا ترى الى ما قال في الشامل

بحكم المقسوط [illegible] وعلى فولدت فالحر المسلم
اولى لان له حرية وملكا وشرف الاسلام فيكون انفع للولد ثم الذمي لانه
حر والمكاتب والعبد [illegible] مسلمين لكن بعد الولد تحت الاسلام دون
المدبر ثم المكاتب لان له حق ملك والولد على شرف الحرية فان لم يكن مكاتب
واذا في المدبر والمعتق لا يثبت من احد منهما النسب لانه ليس له ملك ولا شبهة
ملك قيل وجب ان يكون هذا الجواب في العبد المحجور عليه توهب له جارية ثم
اعلم ان ثبوت النسب من الشريكين اذا ادعيا الولد معا مذهبنا وقال
الشافعي يرجع فيه الى قول القائف المدلجي فقايف لحرله ماروي ابو داود
في السنن باسناده الى عروة عن عايشة رضي الله عنها قالت دخل علي رسول
الله صلى الله عليه تبرق اسارير وجهه فقال اي عايشة الم تري ان مجززا
المدلجي راى زيدا واسامة قد غطيا رؤوسهما بقطيفة وبدت اقدامهما
فقال ان هذه الاقدام بعضها من بعض ولان الولد لا يخلق من ماء رجلين فيتعذر
اثبات النسب منهما جميعا ولنا قوله تعالى ولا تقف ما ليس لك به علم
بيانه انه لا علم للقائف وانما يقول عن ظن وحسبان فلا يتبع قوله وقد روي
ان شريحا كتب الى عمر بن الخطاب في جارية بين شريكين جاءت بولد
فادعياه فكتب اليه عمر رضي الله عنه انهما لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين
لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقي منهما وكان ذلك بمحضر الصحابة من غير نكير فحل
محل الاجماع ولان التساوي في سبب الاستحقاق يوجب التساوي في
نفس الاستحقاق وهما تساويا في السبب وهو الدعوة فيتساويان في استحقاق
النسب ايضا كالرجلين اقام كل واحد منهما البينة على النسب حيث لا يكون
احدهما اولى من الاخر فكذا ههنا قلنا ما روي ان النبي صلى الله عليه لاعن
بين هلال بن امية وبين امراته قال ان جاءت به اصيهب اثيبج حمش الساقين
فهو لزوجها وان جاءت به اورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين
فهو رميت

للذي رميت به فجاءت على الصفة المكروهة فقال النبي صلى الله عليه [illegible]
والاصيهب تصغير الاصهب والاثيبج تصغير الاثبج وهو الناتي الثبج والثبج ما
بين الكاهل ووسط الظهر وهو من كل شيء وسطه والحمش الدقيق الساقين
والاورق الذي لونه بين السواد والغبرة ومنه قيل للرماد اورق وللحمامة
ورقاء والجمالي بضم الجيم عظيم الخلق شبهه خلقه بخلق الجمل هكذا فسر الحديث
ابو عبيد ولا يقال اعتبر النبي صلى الله عليه الشبه وهو القيافة لانا نقول عرفه
النبي صلى الله عليه من طريق الوحي لا من طريق القيافة اما سرور النبي صلى الله عليه
بقول المدلجي فلان الكفار كانوا يطعنون في نسب اسامة بن زيد فتعقبت
قول القائف فكان قوله مقطعا لطعنهم الا ترى الى ما قال ابو داود في السنن
بقوله سمعت احمد بن صالح يقول كان اسامة اسود شديد السواد وكان زيد
ابيض شديد البياض وانما سر النبي بقول المدلجي ثم لما ثبت نسب الولد
كان نصيب كل واحد منهما ام ولد له لثبوت نسب ولدها منه ولا يضمن
احدهما لصاحبه شيئا لعدم انتقال نصيب الشريك الى الاخر الا انه يجب
على كل واحد منهما نصف العقر للاخر لان وطء كل واحد منهما صادف ملكه و
ملك صاحبه فيتقاصان وفايدة كونها ام ولد لهما ما قال الحاكم في الكافي انها
تخدم كل واحد منهما يوما فان اعتق احدهما نصيبه منها عتق نصيب
الاخر ايضا ولا سعاية عليها في قول ابي حنيفة لعدم تقوم ام الولد
قال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله تسعى له في نصف قيمتها ان كان المعتق معسرا
وان كان موسرا ضمن واما في الموت فلا يضمن يعني اذا مات احدهما عتقت
ولا ضمان للشريك في تركته بالاتفاق ويرث الابن من كل واحد منهما
ميراث ابن كامل لان كل واحد من الشريكين اقر على نفسه بانه ابنه وقوله
حجة على نفسه ويرثان ميراث اب واحد لان كل واحد منهما يدعي في
مال الابن استحقاق الميراث بسبب النسب وقد تساويا في سبب الاستحقاق

فيكون الميراث بينهما كما في القافية .... واحد يكون بينهما على السواء
فلكل منهما الا اذا مات احد الشريكين ثم مات الولد يرث الباقي منهما ميراث
اب كامل **قوله** يرجع الى قول القافة بلفظ المثنى للمفعول والقافة جمع
القائف كالباعة والحاكة جمع البايع والحايك والقايف هو الذي يعرف
الاثار ويتبعها ويعرف شبه الرجل في ولده واخيه من قاف اثره يقوفه تقافه
قفاه يقفوه اي اتبعه قال اسود بن يعفر كنت علبك لا تزال
تقوفني كما قاف اثار الوسيقة قايف **والوسيقة** النعم التي تساق
وهنا **حكاية لطيفة** وعوان الفتي حدث في كتاب غريب الحديث
من تصنيفه عند ذكر حديث شريح عن سهل ابن محمد عن الاصمعي عن ابي طرفة
الهذلي قال رأى قايفان هما منصرفان من عرفة بعد الناس بيوم اذ بيّن
اثر بعير فقال احدهما ناقة وقال الاخر جمل فاتبعاه حتى دخلا شعبا من
شعاب مني فاذا هما بالبعير فاطافا به فاذا هو خنثى **ثم القيافة** مشهور
في بني مدلج وهو مدلج بن مرة بن عبد مناة بن كنانة بن خزيمة كذا ذكر ابو
العباس المبرد في كتاب نسب عدنان وقحطان **قوله** الى شريح وهو شريح بن
الحارث الكوفي قاضي الكوفة من كبار التابعين رضي الله عنهم مشهور بالعلم
والزهد والتقوى عاش مائة وعشرين سنة واستقضاه عمر على الكوفة ولم يزل
بعد ذلك قاضيا خمسا وسبعين سنة ولم يتعطل فيها الا ثلاث سنين
امتنع فيها من القضاء في فتنة ابن الزبير ومات سنة تسع وسبعين ويقال
سنة ثمانين كذا قال القتبي **قوله** لبسا يقال لبس الامر علي لبسا اذا عماه
عليه وكذلك لبس الامر يلبسه لبسا وكذلك فسر في التنزيل وللبسنا عليهم ما يلبسون
ويقال لابست الرجل ملابسة اذا عرفت دخلته كذا قال ابن دريد **قوله** ويكون
للباقي منهما حتى اذا مات الولد بعد موت احد الشريكين يكون للباقي منهما ميراث
اب كامل ولا شيء لورثة الشريك الميت **قوله** في سبب الاستحقاق اذ بالسبب
الدعوة

الدعوة .... الملك .... لا الدعوة سبب استحقاق
النسب لان الاستحقاق يثبت بها لا بالملك كان ثابتا من قبل ولم
يكن الدعوة ما كان يستحق النسب بمجرد الملك **قوله** يتعلق به
احكام متجزية اي يتعلق بالنسب احكام متجزية كالنفقة والميراث
وحضانة الولد وولاية التصرف في ماله ومتى ثبت متجزية في حقهما الفيوما
التجزية بخلاف ما لا يقبل التجزية كالنسب وولاية الانكاح فان ذلك يثبت في
حق كل واحد منهما كملا لعدم قبول التجزية **قوله** الا اذا كان احد
الشريكين اب الاخر او كان مسلما والاخر ذميا هذا استثناء من قوله وما لا
يقبلها يثبت في حق كل واحد كملا اي ما لا يقبل التجزية كالنسب يثبت في
حق كل واحد منهما الا اذا كان احد الشريكين اب الاخر فادعيا معا ولد جارية
بينهما يكون الاب اولى لوجود المرجح للاب حقيقة الملك في نصيبه وشبهة
الملك في نصيب ابنه فيكون اقوى وهذا استحسان وعلى الاب نصف قيمة
الجارية وعلى كل واحد نصف العقر فيتقاصان كذا ذكره الشايل في قسم المبسوط
في كتاب الدعوى قبيل باب اللقيط وكذا اذا كان احد الشريكين مسلما والاخر
ذميا فادعياه معا فالمسلم اولى لشرف الاسلام هذا اذا لم يسلم الذمي قبل الدعوة
اما اذا اسلم الذمي ثم ولدت الامة فادعياه معا يثبت نسبه منهما لاستواء
حالهما واذا كان الدعوى بين ذمي ومرتد فالولد للمرتد لانه اقرب الى الاسلام
وغرم كل واحد لصاحبه نصف العقر كذا في الشامل في كتاب الدعوى **ثم اعلم**
ان النسب يثبت من اثنين باتفاق اصحابنا فيما فوق ذلك اختلفوا فعند
ابي حنيفة يثبت الولد من المدعين وان كثروا وقال ابو يوسف يثبت نسبه
من اثنين ولا يثبت نسبه من الثلاثة وعند محمد يثبت من الثلاثة لا غير
لقرب الثلاثة من الاثنين ولابي يوسف ان ثبوت النسب من اكثر من واحد
بخلاف القياس فيقتصر على مورد النص وهو الاثنان لانه قال عمر رضي الله عنه

عند حضور القضاة ... لهما ولابي حنيفة ان سبب ثبوت النسب من
الفرا من واحد الاشتباه والدعوة وذلك حاصل في دعوة الكبير قال الامام
الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي وروى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه
يثبت من خمسة وبه قال زفر والحسن ثم قال فيه ولو تنازع فيه امراتان
قضي بينهما عند ابي حنيفة وعندهما لا يقضى للمراتين وكذلك عند ابي حنيفة
يثبت من خمس ولو تنازع فيه رجلان وامراتان يقضى بينهم عند ابي حنيفة وعند
ابي يوسف ومحمد يقضى للرجل ولا يقضى للمراتين واذا تنازع فيه رجلان وامراتان
كل رجل يدعي انه ابنه من هذه والمراة تصدقه على ذلك فعند ابي حنيفة يقضى بين
الرجلين والمراتين وعندهما يقضى بين الرجلين ولا يقضى بين المراتين الى هنا لفظ الاسبيجابي
في كتاب الدعوى **قوله** وسرور النبي عليه السلام جواب لاحتجاج الخصم بقوله
وقد سر رسول الله بقول القائف **قوله** كانوا يطعنون بضم العين من باب نصر يقال
طعن عليه في حسبه طعنا وطعنانا **قوله** وكان قول القائف مقطعا لطعنهم اي سبب
قطع لطعن الكفار لاعتقاد الكفار على قول القائف **قوله** فسر به اي سر رسول الله بقول
القائف **قوله** بما له على الاخر الضمير راجع الى الكل واحد اي بنصف العقر الذي
لكل واحد من المدعيين على الاخر **قوله** كما اذا اقاما البينة على شيء واحد وعلى ابن
مجهول النسب يثبت لكل منهما فكذا هنا **قوله** واذا وطي المولى جارية مكاتبه
فجاءت بولد فادعاه فان صدقه المكاتب يثبت نسب الولد منه وهذه من مسايل المختصر
القدوري **قوله** وتمامها فيه وعليه عقرها وقيمة ولدها ولا تصير ام ولد له وان كذبه
في النسب لم يثبت ثم **اعلم** ان جملة هذه المسئلة ما قال فخر الاسلام البزدوي
في شرح الزيادات في مكاتب اشترى امة فحملت في ملكه وولدت فادعاه المولى
فان صدقه المكاتب صحت دعوته وان كذبه لم تصح لان المولى
بالكتابة جعله احق بنفسه ومكاسبه وحجر نفسه عن التعرض لمكاسبه
الا ترى انه لا يملك اخذ شيء من مكاسبه لنفقته وحاجته بخلاف الاب
يدعي

يدعي ولد امة ابنه حيث يصح من غير تصديق لان للاب حق التملك عليه عند الحاجة
كما يستحق عليه النفقة والكسوة وقد تحققت الحاجة الى الصيانة بمائه
فثبت له حق التملك ولا عوض عليه عنه وان كذبه المكاتب لم يصح وان صدقه
صح واخذ الولد حرا بالقيمة ولا يصير الجارية ام ولد له وانما يثبت ملك
الجارية لان له حقا في مكاسب المكاتب ليستغني به عن التملك لصيانة مائه فاما
الاب فليس له حق الملك وانما له حق التملك فصار في مسئلة المكاتب كالاب اذا
استولد امة ولده بنكاح صحيح او فاسد انه لا يتملك الجارية واذا لم يتملك المولى
غرم العقر ومسئلتنا بخلاف الوارث يستولد امة من تركة مستغرقة بالدين انه
يصح من غير تصديق لانه صاحب حق حتى يملك الاستخلاص وليس احد احق
منه ليرجع الى تصديقه وبخلاف البايع يدعي ولد المبيعة بعد البيع انه يصح من
غير تصديق لان هناك اتصل العلوق في ملكه ووجب له حق العتق فلم يبطل
باعتراض البيع وهنا لم يحصل في ملكه الكامل الخالص قال ويأخذ المولى الولد حرا
بالقيمة لانه مغرور من قبل ان سبب ملك المكاسب قايم وهو ملك رقبة المكاتب
والمكاسب محل الملك وامتنع الملك لمانع فثبت الغرور كمن اشترى امة فاستولدها
ثم استحقت الا ان في مسئلة الاستحقاق لا يشترط التصديق لان الحق ثبت
بطاير البيع فلم يعقد على نفسه عقد الحجر فوقع الاستغناء عن التصديق وفي
مسئلتنا لا يبطل الغرور بعلم المولى بان لا تحل له وفي مسئلة البيع اذا علم ان البايع
غاصب لم يثبت الغرور لان العلم بحال البايع مما يبطل السبب لان بيعه لا يطلق
الاستيلاد فاما هنا فان العلم بحال المكاتب لا يمنع صحة السبب وفي مسئلتنا يجب
قيمة الولد يوم ولد وفي مسئلة المغرور في الشرا يجب القيمة يوم الخصومة والفرق
بينهما ان العلوق هنا حصل في ملك المولى الى ان يحجره فاذا جاء التصديق
صحت الدعوى وصار العلوق في الملك وثبت له حق التملك بقيمته فوجب
اعتبار قيمته في اوان اوقات الاتصال فاما المغرور فانما ضمن قيمة الولد لانه اتلفه

حبسها وتصويب [illegible] وانما المنع يوم الخصومة **قوله**
وعن ابي يوسف لا يعتبر [illegible] المكاتب يعني يثبت النسب
بمجرد دعوة المولى كما ان الاب اذا ادعى ولد جارية ابنه وقد حملت في ملك
الابن لا يشترط تصديق الابن بل يثبت النسب بمجرد دعوة الاب فكذا هنا
بل اولى لان دعوة المولى اقوى من دعوة الاب لان المولى له حق في مكاسب
المكاتب لان مال الكتابة موقوف على مولاه لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم بخلاف
الاب فانه لا حق له في مال الابن وانما له حق التملك عند الحاجة **وجه الفرق**
على ظاهر الرواية ان المولى حجر نفسه بعقد الكتابة عن التصرف في مال المكاتب
وليس له ان يتملك مال المكاتب بخلاف الاب فان له حق التملك عند الحاجة
في مال الابن ولهذا يثبت الاستيلاد في جارية الابن ولا يثبت الاستيلاد
في جارية المكاتب فظهر الفرق فعلم ان ما قاله ابو يوسف ضعيف **قوله**
وعليه عقرها اي وعلى المولى عقر جارية المكاتب وذلك لان المولى لما لم يملكها وقع
الوطء في ملك الغير والوطء لا يخلو من احد الموجبين اما الحد واما العقر
فانتفى الحد للشبهة فتعين العقر بخلاف استيلاد جارية الابن حيث لا
يجب العقر على الاب لانه لما تملكها بالقيمة سابقا على الاستيلاد شرطا للصحة
وقع الوطء في ملك الاب فلم يلزمه العقر **قوله** لا يتقدمه الملك الضمير
المنصوب راجع الى الوطء الذي دل عليه قوله وطئ **قوله** لما ذكرنا اي من ذكر
الحق الذي للمولى على المكاتب في كتاب المكاتب وهو انه يثبت للمولى في
ذمة المكاتب حق بيانه ان المولى لما كان له حق في مال المكاتب كفى ذلك لصحة ثبوت
النسب فلم تحتج الى تملك الجارية بخلاف الاب فانه لا حق له في مال الابن وانما له
حق التملك فتملكها بالاستيلاد لحاجته الى صيانة مائه ولكن في قول
صاحب الهداية نظر لانه قال ما له من الحق كاف لصحة الاستيلاد اي ما ثبت
للمولى من الحق كاف لصحة الاستيلاد والمفهوم منه ثبوت استيلاد جارية المكاتب
والمنصوص

والمنصوص في الكتب عن اصحابنا ان الاستيلاد لا يثبت وهو نفسه يصرح
هذا ايضا بعد خطين بقوله ولا تصير الجارية ام ولد له اي للمولى فاذا لم تصر
الجارية ام ولد له من اين يصح الاستيلاد **قوله** وقيمة ولدها عطف
على قوله وعليه عقرها وانما وجب على المولى قيمة ولد جارية المكاتب
لان النسب لما ثبت بتصديق المكاتب بشبهة الملك وجب نقل الولد
الى المولى ومال المكاتب لا يجوز نقله الا بالقيمة لانه لا تحتمل التبرع **قوله**
ولا تصير الجارية ام ولد له لانه لا ملك له فيها حقيقة كما في ولد المغرور وكان
ينبغي ان يقول كما في المغرور بلا ذكر الولد على معنى ان الجارية لا تصير ام ولد للمولى
لعدم الملك فيها حقيقة كما ان الجارية لا تصير ام ولد للمغرور لعدم الملك
فيها وهذا هو حق الكلام اما قوله كما في ولد المغرور ففيه نظر **قوله** فلو
ملكه يوما ثبت نسبه اي نسب الولد من المولى يعني لو ملك المولى الولد بعد تكذيب
المكاتب دعواه ثبت نسب الولد حينئذ لان الموجب للنسب قائم وهو الاقرار
بان الولد منه وانما لم يثبت لوجود المانع وهو حق المكاتب وقد زال
ذلك بالنقل الى المولى فيثبت النسب لزوال المانع والله اعلم هذا اخر شرح
كتاب العتاق من كتاب الهداية بعون ذي الدراية اتممته بعد ان عملته على
من طب لمن حبب في بعض بلاد سماها قسطنطينية والمسلمين فيهم على
خطر حيث هتنت على شآبيب ظلمهم وشرور كلمهم وجشمت منهم
عرق القربة وقطعت عنهم الصحبة ولكن كما قيل كل شيء ما خلا الموت
جلل والحمد لله على العافية في العاقبة ونعمة المتعاقبة

كتاب الايمان

مناسبة كتاب
الايمان بكتاب العتاق من حيث ان كل واحد منهما لا يؤثر فيه الهزل و
الاكراه كالطلاق الا ان العتاق لما كان اكثر مناسبة بكتاب الطلاق
لمعنى الاسقاط والسراية فيهما قدم العتاق على اليمين **اعلم** ان اليمين

بمعنى القسم وهي جملة انشائية تؤكد بها جملة اخرى ... بالله
بالله ويسمى ... الموكدة ... والاسم الذي
يلصق به القسم ... يكون من فعل وفاعل كما ذكرنا كقولهم
اقسمت بالله واليت بالله واشهد الله وما اشبه ذلك ومن مبتدا وخبر كقولهم
... والله لافعلن وعهد الله مبتدا وعلى خبر مقدم عليه وقولهم
... لافعلن اصله لعمرك قسمي ومثله ايمن الله يميني وقولهم ايم الله
محذوف منه لكثرة الاستعمال وتحذف الفعل الذي هو حلفت او اقسمت
فيقال بالله اكتفاء به ويبدل من الباء الواو فيقال والله ويبدل من الواو التاء
فيقال تالله ومنهم من تحذف حرف القسم فيقول الله لافعلن بالنصب ومنهم
من يضمر فيقول الله بالجر والباقي يعلم في موضعه ثم اعلم ان اليمين في اللغة
عبارة عن القوة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وقول الشماخ اذا ما راية رفعت
لمجد تلقاها عرابة باليمين اي بالقوة وسميت اليد اليمنى يمينا لاختصاصها
بفضل قوة وقيل انما سميت اليمين التي بمعنى القسم يمينا لانهم
كانوا يتماسكون بايمانهم فاخذت من اليمين التي هي الجارحة ثم اليمين على
ضربين يمين بها قسم وهي اليمين بالله تعالى وهذا النوع تعرفه العرب
لكنهم لايخصون القسم بالله تعالى بل يحلفون بكل ما يكون عظيما عندهم
الا ترى الى قول ... بن كليب ام ... زرنيه ... ونصليه وفرسي
واذنيه لايدع الرجل قاتل ابيه وهو ينظر اليه ... السيف حتى وكانت رماد
العرب ذوات الشعبتين ... ونصليه ولكن اهل الشرع لايجوزون مثل
هذا القسم لان احدا لايستحق التعظيم سوى الله تعالى والضرب الثاني
من اليمين الشرط والجزاء وهذا النوع لايعرفه العرب يمينا وذلك مثل تعليق
الطلاق والعتاق ونحو ذلك بشرط وهو يمين بعرف اهل الشرع والدليل
على هذا انهم يقولون حلف فلان بطلاق امراته او بعتاق عبده والاصل ان
الانسان

الانسان اذا اراد عنه نفسه ... الامتناع عنه وعقله يدعوه
الى خلاف ذلك ولا يقاوم طبعه ... تعالى ... فتقوى على مخالفة نفسه
وطبعه بمعنى يعاونه على طاعة عقله ومخالفة ... حرمة اسم الله في
سائر الاديان وحلف بطلاق امراته التي هي محل سكنه ونجم انسه او باعتاق
عبده الذي هو ماله الذي حبب اليه حتى يتقوى على الفعل او الامتناع خوفا
عن نزول الجزاء الذي يكرهه الطباع فكان تعليق الجزاء بالشرط في التحصيل
الامتناع كالحلف بالله تعالى وبهذا ظهر فساد قول داود بن علي ان اليمين في
ما حلف باسم الله تعالى وان ما سواه ليس بحلف ولا يمين ولهذا قال فيمن قال
لامراته ان حلفت فانت طالق ثم قال لها ان دخلت الدار فانت طالق لايقع عليها
الطلاق عنده والحلف واليمين من الاسماء المترادفة قوله قال الايمان على
ثلاثة اضرب يمين الغموس ويمين منعقدة ويمين لغو فالغموس هو الحلف
على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهذه اليمين يأثم فيها صاحبها وهذه من مسائل
القدوري وقوله يمين الغموس من اضافة الجنس الى نوعه كقولهم علم الطب
خرج من هذا الجواب عما يقال ان الموصوف لايضاف الى صفته وبالعكس وفي
بعض النسخ اليمين الغموس بتعريف اليمين ورفع الغموس على الصفة وانما سميت اليمين
غموسا لانها تغمس صاحبها في الاثم لانه تعمد فيها الكذب ثم اعلم ان يمين
الغموس ما يتعمد فيه الكذب على اثبات شيء او نفيه سواء كان ماضيا او حالا
نظير الماضي قول الرجل والله ما فعلت ذلك الامر وهو عالم بانه فعله ونظير الحال
قوله والله انه زيد مع علمه انه عمرو وما شابه ذلك وما وقع في تفسير الغموس
في مختصر القدوري بانه الحلف على امر ماض يتعمد الكذب فيه فهو بناء على الغالب
لا ان الماضي شرط ولهذا صرح صاحب التحفة وغيره ان الغموس تتحقق في
الحال ايضا وقال في شرح الكافي اليمين الغموس ليست بيمين على الحقيقة
لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن

سيما يمينا فاجرا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال عقوبة اليمين كما [illegible] النبي
صلى الله عليه [illegible] بها فاجرا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة
اليمين ثم [illegible] اليمين الغموس [illegible] الكبيرة الا ترى [illegible] البخاري
باسناده [illegible] الشعبي عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال الكبائر الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس
قوله ولا كفارة فيها الا التوبة والاستغفار وهذا لفظ القدوري ايضا اعلم
اليمين الغموس لا توجب الكفارة عندنا ولا تجب فيها شيء سوى التوبة والاستغفار
وقال الشافعي توجب الكفارة له قوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم و
لكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم وجه الاستدلال ان الله تعالى اثبت المؤاخذة
في يمين مكسوبة بالقلب واليمين الغموس مكسوبة بالقلب فيجب فيها
المؤاخذة لكن المؤاخذة مجملة فسرها في سورة المائدة بقوله تعالى لا يؤاخذكم
الله باللغو في ايمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة
مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة فمن لم يجد
فصيام ثلاثة ايام ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم واحفظوا ايمانكم وذلك ان
اليمين الغموس من جنس الايمان فيجب فيها الكفارة ولنا ما خرج البخاري
في الصحيح مسندا الى الاعمش عن ابي وائل عن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
من حلف على يمين صبر يقتطع بها مال امرئ مسلم لقي الله وهو عليه غضبان فانزل
الله تصديق ذلك ان الذين يشترون بعهد الله وايمانهم ثمنا قليلا
اولئك لا خلاق لهم في الاخرة ولا يكلمهم الله ولا ينظر اليهم يوم القيامة ولا
يزكيهم ولهم عذاب اليم ويمين الصبر هي يمين الحالف يصبر عليها اي يحلف
اي يجبر عليها جبرا واصل الصبر الحبس وجه الاستدلال ان يمين الصبر
هي يمين الغموس فاثبت الرسول جزاءها لقاء الله تعالى وهو غضبان ولم يوجب
الكفارة فلو كانت تجب لبينها ولان اليمين الغموس جناية مكفرة بالتوبة
بالنصوص

النصوص الواردة فلا تجب فيها [illegible] كالاشراك بالله تعالى وعقوق
الوالدين وذلك لان الكفارة لارتفاع الذنب [illegible] يرتفع بالتوبة فلا احتياج
الى الكفارة فاذن لا يتصور وجود الكفارة [illegible] وجود ما يتصور وجودها
اما النصوص فمنها قوله الله تعالى وهو الذي يقبل التوبة عن عباده ويعفوا
عن السيئات اخبر بقبول التوبة والعفو عن السيئات ومنها قوله [illegible] الى
الله جميعا ايها المؤمنون لعلكم تفلحون ومنها قوله تعالى توبوا الى الله توبة
نصوحا عسى ربكم ان يكفر عنكم سيئاتكم وقوله عليه السلام التائب من الذنب
كمن لا ذنب له وجه الاستدلال ان النصوص عامة تشمل جميع الذنوب فترتفع
جميعها بالتوبة والاستغفار الا ما خص منها بالدليل المنصوص كاليمين المنعقدة
فلا تقاس يمين الغموس عليها لئلا يلزم معارضة الراي النص بالتخصيص
بالقياس ولان القياس لا بد له من مماثلة بين المقيس والمقيس عليه والمماثلة معدومة
بينهما لان جناية اليمين المنعقدة جناية هتك حرمة اسم الله تعالى في ترك التعظيم
بترك البر الذي هو موجب اليمين وجناية اليمين الغموس جناية الكذب في ترويج
الكذب بذكر اسم الله على وجه التعظيم لان المسلم اذا حلف كاذبا لا يريد
الاستخفاف بالله تعالى بل يريد ترويج كذبه بذكر اسم الله العظيم وجناية هتك
حرمة اسم الله تعالى مع جناية ترويج الكذب بذكر اسم الله غير ان لا مماثلة
بينهما فلا يقاس احدهما على الاخر ولان الغموس حرام محض لان الكذب حرام ليس
فيه معنى الاباحة اصلا لا مع الاستشهاد بالله والمعقودة مباحة لكونها
مشروعة في بيعة الرسول ولانها تعظيم المقسم به في الابتداء لكن فيها معنى الحظر لقوله
تعالى ولا تجعلوا الله عرضة لايمانكم فلا يجوز قياس احدهما على الاخر والجواب
عما احتج به الشافعي فنقول سلمنا ان المؤاخذة ثابتة في اليمين الغموس بقوله
تعالى بما كسبت قلوبكم ولكن لا نسلم ان المراد من المؤاخذة الكفارة فلم لا يجوز
ان يكون المعاقبة في الاخرة قوله المؤاخذة مجملة فسرها في سورة المائدة فاقول

الآية اذا كانت محتملة لا يجوز الاحتجاج بها قبل التفسير ولا نسلم انها نسخت
في سورة المائدة لان الاشتراك [illegible] في حادثة لا يقتضي اشتراكهما في حادثة أخرى كمن ادعى اتحاد
الحادثتين فعليه البيان [illegible] لا نسلم ذلك وقوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا
حلفتم معناه اذا حلفتم وحنثتم هكذا قال اهل التفسير يدل عليه الاجماع ايضا
لانه اذا لم يحنث في اليمين المنعقدة لا تجب الكفارة اجماعا فاذا كان الحنث شرطا
للكفارة لا يجب الكفارة في اليمين الغموس لعدم الحنث فيها لان الحنث نقض
اليمين ولم ينقضها صاحب الغموس **قوله** فلا تناط بها اي لا تناط الكفارة
بالكبيرة يعني ان اليمين الغموس لما كانت كبيرة محضة لم تكن مناطا للكفارة
التي هي عبادة بدليل ادائها بالصوم بخلاف المنعقدة فانها ليست بكبيرة
وانما يلحق الذنب فيها متاخرا عن اليمين بالحنث بفعل اختياري فلا يصح
الحاق الغموس بالمنعقدة قياسا عليها والتحقيق في الباب ما سلفناه اولا لان
لقائل ان يقول سلمنا انها كبيرة لكن لا نسلم انها اذا كانت كبيرة لا تكون سببا
للكفارة الا ترى ان الصائم في رمضان اذا افطر بالزنى او شرب الخمر عمدا يجب
عليه الكفارة مع ان الزنى وشرب الخمر كبيرتان فعلم ان الكبيرة لا تنافي سببا
للكفارة وقد خبط بعضهم في شرحه في هذا الموضع فان قلت هل يرد على ما
قال صاحب الهداية من تعليله بالكبيرة الظهار فانه منكر من القول
وزورا بالنص ومع هذا كان سببا للكفارة قلت لا يرد ذلك ودفعه سهل لان
الكفارة في باب الظهار لا تجب بمجرد الظهار بل بالعود بدليل قوله تعالى
ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة والعود هو العزم على الوطء ليس بكبيرة و
لهذا اذا لم يعد لم تجب الكفارة على المظاهر وتفسير الكبيرة ما كان حراما محضا
وفيه عقوبة في الدنيا او وعيد في الاخرة وقد مر بيان الوعيد في اليمين الغموس
من غضب الله عليه فتكون كبيرة او نقول صرح النبي صلى الله عليه بانها
كبيرة فلا حاجة الى التكلف اخر قال عليه السلام الكبائر الاشراك بالله وعقوق
الوالدين

الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس رواه البخاري في الجنايات قبل هذا **قوله**
فيمتنع الالحاق اي الحاق الغموس بالمنعقدة **قوله** والمنعقدة ما يحلف على امر
في المستقبل ان يفعله او لا يفعله واذا حنث في ذلك لزمته الكفارة وهذا لفظ
القدوري بنصه وانما وجبت الكفارة في المنعقدة اذا حنث فيها
بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة
مساكين الى اخر الاية وحديث البخاري في الصحيح باسناده الى عائشة
رضي الله عنها ان ابا بكر رضي الله عنه لم يكن يحنث في يمين حتى انزل الله تعالى
كفارة اليمين وقال لا احلف على يمين فرأيت غيرها خيرا منها الا اتيت الذي
هو خير وكفرت عن يميني قال اصحابنا رضي الله عنهم اليمين المنعقدة على ثلاثة
اضرب يمين تجب البر والوفاء بها كاليمين على ايجاب الطاعات وترك
المعاصي ويأثم بالحنث فيها **والضرب الثاني** يمين على فعل المعاصي وترك
الطاعات فيجب ان يحنث المرء نفسه فيها لقوله عليه السلام من نذر
ان يطيع الله تعالى فليطعه ومن نذر ان يعصي الله فلا يعصه وقال عليه السلام
لا نذر في معصية وكفارته كفارة يمين رواهما عائشة رضي الله عنها في
السنن **والضرب الثالث** ما يتخير الانسان فيه بين الفعل والترك
كاليمين على المباحات لكن ان كان فعله خيرا من تركه يندب الى الحنث
والا فلا **قوله** وهو ما ذكرنا اي المراد من قوله تعالى بما عقدتم الايمان ما ذكرنا من
قولنا والمنعقدة ما تحلف على امر في المستقبل ان يفعله او لا يفعله يعني
حقيقة ما نص في الاية ما ذكرنا وقوله تعالى بما عقدتم الايمان قرا ابن كثير و
نافع وابو عمرو وحفص ويعقوب بالتشديد اي بتعقيدكم الايمان وهو
توثيقها بالقصد والنية وقرا ابو بكر وحمزة والكسائي بالتخفيف وقرا ابن
عامر عاقدتم بالالف **قوله** ويمين اللغو ان تحلف على امر وهو يظن
انه كما قال والامر بخلافه فهذه اليمين نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها وهذا

لفظ القدوري في مختصره وهذا التفسير هو قول الشافعي [illegible] مثل ما حلف على شيء يتوهم انه فيه
صادق كقوله والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا والامر بخلافه او راي
طائرا من بعيد فظنه غرابا فقال والله انه غراب فاذا هو حمام او قال والله
انه زيد وظنه زيدا فاذا هو عمرو وقال في الشامل وعند الشافعي
اللغو اليمين التي يقصدها في الماضي والمستقبل وهو احدى الروايتين عن
محمد رحمه الله وقال في التحفة قال الشافعي يمين اللغو هي اليمين التي تجري على
لسان الحالف من غير قصد مثل قوله لا والله وبلى والله او كان يقرا القران فجرى على
لسانه اليمين ثم يمين اللغو لا حكم لها اصلا لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في
ايمانكم اي لا يعاقبكم بلغو اليمين الذي تحلفه احدكم بالظن هذا على ما ذهبنا
اليه ومعناه على ما ذهب اليه الشافعي لا يلزمكم الكفارة بلغو اليمين الذي
لا قصد معه وروى صاحب السنن في تفسير لغو اليمين بسنده الى عائشة انها
قالت ان رسول الله صلى الله عليه قال هو كلام الرجل في يمينه كلا والله وبلى
والله وروى صاحب الكشاف عن مجاهد هو الرجل يحلف على الشيء يرى انه
كذلك وليس كما ظن وروي ان الحسن سئل عن لغو اليمين وعنده الفرزدق
فقال يا ابا سعيد دعني اجب عنك فقال
ولست بماخوذ بلغو تقوله اذا لم تعمد عاقدات العزائم
ذكره في تفسير سورة المائدة وقال ايضا في سورة البقرة
اللغو الساقط الذي لا يعتد به من كلام وغيره ولذلك قيل لما لا يعتد به في
الدية من اولاد الابل لغو واللغو من اليمين الساقط الذي لا يعتد به في الايمان
وهو الذي لا عقد معه وقال الزجاج في تفسيره يقال لغوت الغو
لغوا ولغوت الغا لغوا مثل محوت امحو واما محوا ويقال لغيت في الكلام الغي
لغيا اذا اتيت بلغو وكل ما لا خير فيه مما يؤثم فيه او تكون غير محتاج اليه
في الكلام فهو لغو ولغى وقال العجاج عن اللغا ورفث التكلم وقال
شمس الائمة السرخسي رحمه الله في اصوله قال علماؤنا رحمهم الله اللغو ما يكون
خاليا

خاليا عن فايدة اليمين شرعا ووضعا فان فايدة اليمين اظهار الصدق من
الخبر فاذا اضيف الى خبر ليس فيه احتمال الصدق كان خاليا عن فايدة اليمين
فكان لغوا وقال الشافعي اللغو ما يجري على اللسان من غير قصد ولا خلاف في
جواز اطلاق اللفظ على كل واحد منهما ولكن ما قلناه احق واستدل بقوله تعالى
وقال الذين كفروا لا تسمعوا لهذا القران والغوا فيه لعلكم تغلبون ومعلوم
ان مراد المشركين التعنت اي انهم لم يقدروا على المغالبة بالحجة فاشتغلوا بما هو
خال عن الفايدة من الكلام ليحصل مقصودهم بطريق المغالبة دون المحاجة
ولم يكن مقصودهم التكلم بغير قصد قال صاحب التقويم ولم يرد تكلموا من
غير قصد فان الامر به لا يستقيم وقال صاحب التقويم وشمس الائمة السرخسي
وكذلك العلماء اختلفوا في العقد فقال الخصم العقد عبارة عن القصد فان
العزيمة سميت عقيدة وقلنا العقد اسم لربط كلام بكلام نحو ربط اليمين
بالخبر الذي فيه رجاء الصدق لايجاب الصدق منه وتحقيقه وكذلك
ربط البيع بالشرى لايجاب حكم وهو الملك فكان ما قلناه اقرب الى الحقيقة لان
الكلمة باعتبار الوضع من عقد الحبل وشد بعضه ببعض وضده الحل ومنه
مثل العرب يا عاقد اذكر حلا ويروى يا ذا حل اي لا بد لك من حل ما حللك فانشط
عقدته ولا تشددها فيشتد عليك الحل يقال ذلك لمن يخوف العواقب ثم يسمى
يستعار لربط الايجاب بالقبول على وجه ينعقد احدهما بالاخر حكما كما يسمى
عقدا ثم يستعار لما يكون سببا لهذا الربط وهو عزيمة القلب فكان ذلك
دون العقد الذي هو حقيقة فيما وضع الاسم له فحمله عليه يكون احق قوله
الا انه علقه بالرجاء للاختلاف في تفسيره وهذا جواب سوال مقدر بان
يقال كيف علق القدوري رحمه الله عدم المواخذة بالرجاء في قوله فهذه اليمين
نرجو ان لا يؤاخذ الله بها صاحبها وعدم المواخذة مقطوع بالنص في اللغو قال
تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو في ايمانكم فاجاب عنه وقال نعم لكن في تفسير

اللتي تطلاني فاو قد اشتبهت عليه فظن انها كذلك بعدم المؤاخذة فيه فسره
ابن الكرم وبه اقتدى القدوري حيث ذكر في الاصل الايمان
ثلاث يمين لغو ويمين تلغو ويمين منعقدة لا يؤاخذ الله بها صاحبها قوله ق
القاصد في اليمين والمكره والناسي سواء هذا لفظ القدوري في مختصره وزاده
توضيحا وقال صاحب الهداية وهو انه تجب الكفارة اذا وجد الحنث
وعند الشافعي لا ينعقد بين المكره والناسي اما الناسي فلانه لا قصد منه فيكون
يمينه لغوا على اصله واما المكره فلقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطاء والنسيان
وما استكرهوا عليه وهذا دليل له في النسيان ايضا **ولنا** ما روى اصحابنا رضي
الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ثلث جدهن جد وهزلهن جد
النكاح والطلاق واليمين ولان الاكراه اثره في انعدام الرضا ولا يشترط الرضا
في انعقاد اليمين ولهذا ينعقد يمين الهازل مع انعدام الرضا منه بالحكم
والجواب عن الحديث ليس المراد منه حقيقة الخطاء والنسيان والاكراه و
لانها ليست بمرتفعة حقيقة بدليل وقوعها حسا وكان المراد منه الحكم والحكم
اما ان يكون حكم الدنيا او حكم الاخرة والاول منتف بدليل وجوب الكفارة
والدية في القتل الخطاء وهما من احكام الدنيا وكذا تجب الغسل فيما اذا جامع المكره
على الزنا ويفسد حجه وصومه وذلك من احكام الدنيا فتعين الثاني
وهو رفع الاثم فلم يبق للخصم حجة بالحديث لان انعقاد اليمين احكام الدنيا
لا من احكام الاخرة فان قلت لا يثبت الكفر مع الاكراه فينبغي ان لا ينعقد
اليمين كالنوم والجنون قلت لا نسلم صحة القياس لعدم المماثلة بين
المقيس والمقيس عليه لان النوم والجنون ينافيان التكليف بخلاف الاكراه
ولهذا يباح شرب الخمر للمكره ويحرم عليه قتل النفس والزنا وذلك
ايه الخطاب وبان التقرير مر في طلاق المكره فينظر ثمة **قوله** والشافعي
يخالفنا في ذلك اي في المكره والناسي يعني لا ينعقد يمينهما ولا كفارة عليهما **قوله**
وسنبين

وسنبين في الاكراه او اذا صبه ملك مكره في كتاب الاكراه بقوله ولذا اليمين قوله
يعني في كتاب الاكراه لعدم اختيارهما الفعل ... ومن فعل المحلوف عليه مكرها
او ناسيا فهو سواء وهذا ايضا لفظ القدوري يعني اذا حلف على ان لا يفعل شيئا
ثم كان طائعا في الحلف ثم فعله وهو مكره او ناس يحنث لقوله عليه السلام
رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه وجوابه مر قبل هذا ولنا
قوله تعالى ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم اي اذا حلفتم وحنثتم وقد وجد
الحنث فتجب الكفارة وذلك لان الحنث هو المخالفة في اليمين المعقودة وقد
وجدت المخالفة لانها اعم من ان تكون بالاكراه او غيره ولان شرط وجوب
الكفارة وهو الحنث قد وجد حقيقة فلا ينعدم ذلك بالاكراه والنسيان قال
الشيخ ابو نصر البغدادي قد روي مثل قولنا عن مجاهد وطاوس وسعيد
ابن المسيب وغيرهم **قوله** وكذا اذا فعله وهو مغمى عليه او مجنون ذكره صاحب
الهداية تفريعا لمسألة القدوري يعني اذا حلف وهو صحيح العقل ثم فعل المحلوف
عليه في حال الاغماء او الجنون يحنث وتجب الكفارة لان شرط وجوب الكفارة
وهو الحنث قد تحقق لان الفعل الحقيقي لا مرد له فيتحقق المشروط **قوله**
ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا حقيقة الذنب
هذا جواب سوال مقدر بان يقال الحكمة في شرع الكفارة رفع الذنب ولا ذنب
للمجنون والمغمى عليه فيما فعلا لعدم الفهم فينبغي ان لا يحنثا ولا تجب
عليهما الكفارة فقال سلمنا ان الحكمة رفع الذنب لكن الحكم وهو وجوب
الكفارة يترتب على دليل الذنب تيسيرا لا على حقيقة الذنب فيحنثان
لوجود الدليل كوجوب الاستبراء فانه مشروع لاستفراغ الرحم ثم اذا
وجد دليل الشغل وهذا استحداث الملك تجب الاستبراء سواء وجد حقيقة
الشغل اولا ولهذا اذا اشترى جارية بكرا او اشتراها من امرأة يجب على المشتري
الاستبراء لوجود دليل الشغل وان لم يوجد حقيقة الشغل

طاوس بن كيسان من فقهاء التابعين باليمن مجاهد ... جبير من فقهاء التابعين بمكة

باب [illegible] ما يكون يميناً وما لا

يكون يميناً لما ذكر [illegible] الأيمان شرع في بيان الألفاظ التي يكون يميناً أو لا
قوله [illegible] تعالى [illegible] الله أو باسم آخر من أسماء الله تعالى كالرحمن و
الرحيم أو بصفة من صفاته التي يحلف بها عرفاً كعزة الله وجلاله وكبريائه
[illegible] في مختصره والأصل في اليمين بالله تعالى ما حدث مالك رحمه الله
[illegible] عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه أدرك عمر رضي الله عنه
وهو يسير في ركب وهو يحلف بأبيه فقال رسول الله صلى الله عليه إن الله ينهاكم أن
تحلفوا بآبائكم من كان حالفاً فليحلف بالله أو ليصمت وفي رواية السنن أو ليسكت وحدث
البخاري في الصحيح بإسناده إلى ابن شهاب قال قال سالم قال ابن عمر سمعت عمر
رضي الله عنه يقول قال رسول الله صلى الله عليه إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم
قال عمر فوالله ما حلفت بها منذ سمعت النبي صلى الله عليه ذاكراً ولا آثراً وروى
صاحب السنن مسنداً إلى ابن عمر رضي الله عنه قال إني سمعت رسول الله صلى الله عليه
يقول من حلف بغير الله فقد أشرك ومعنى قوله ذاكراً أي متكلماً من قولك
ذكرت لفلان حديث كذا وكذا وليس هو من الذكر بعد النسيان ومعنى قوله
آثراً أي راوياً ومخبراً عن غيره أنه حلف وقال والله لا أفعل كذا من قولهم حديث
مأثور كذا قال أبو عبيد رحمه الله ثم اليمين باسم آخر من أسماء الله تعالى إذا
كان اسماً لا يشركه فيه غيره يكون يميناً لأنه لا يحتمل غير اليمين ولو حلف باسم يشاركه
فيه غيره كالحليم والعزيز إن نوى يكون يميناً وإلا فلا لأنه يحتمل كذا ذكر شمس
الأئمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط وسوى في التحفة بين ما يكون اسماً خاصاً لله تعالى
أو اسماً يشاركه فيه غيره وفيه نظر لأنه بالاحتمال لا يتعين اسم الله مراداً
ثم صفاته تعالى إن كانت من صفات الذات تجوز اليمين بها وإن كانت من صفات
الفعل فلا تجوز اليمين بها والفاصل بينهما أن كل ما لا يجوز أن يوصف الله بضده
فهي من صفات الذات كعزة الله وجلاله وكبريائه وقدرته إلا العلم
فإن

فإن اليمين به لا تجوز لجواز إرادة المعلوم كما قال تعالى ولا يحيطون بشيء من
علمه أي معلوماته كذا فسر في الكشاف ويقال اللهم اغفر علمك فينا أي معلومك
كل ما يجوز أن يوصف الله تعالى بضده فهي من صفات الفعل كالرحمة والغضب
والسخط ألا ترى أنه يصح أن يقال غضب الله على اليهود ولم يغضب على
الصالحين والغضب إرادة الانتقام من العصاة ويصح أن يقال علم [illegible]
ولا يصح أن يقال لم يعلم عمراً وذلك لأن صفات الذات ليست غير الذات
فكان ذكرها كذكر الله تعالى فجاز الحلف بها وهذا لأن الغيرين ما يصح انفكاك
أحدهما من الآخر مكاناً أو زماناً أو وجوداً وعدماً والانفكاك لا يتصور في صفات
الذات ثم المراد بالصفة الحقيقية وهي المعنى القائم بالذات كالعزة والقدرة
لا الصفة النحوية كقولك مررت برجل راكب وهذا شيء تضمن قوله
ومعنى اليمين هو القوة حاصل قال تعالى لأخذنا منه باليمين أي القوة قوله
تصلح ذكره حاملاً ومانعاً وهو من إضافة المصدر إلى الفاعل والمفعول
محذوف أي صلح ذكر الحالف اسم الله وصفاته حاملاً ومانعاً لأن المقصود
من اليمين الحمل أو المنع قوله قال إلا قوله وعلم الله فإنه لا يكون يميناً
أي قال القدوري في مختصره وهو استثناء منقطع من قوله أو بصفة
من صفاته التي يحلف بها عرفاً وهذا لأن العلم ليس من صفاته المحلوف بها
عرفاً فيكون الاستثناء منقطعاً لأن المنقطع عبارة عما لا يكون المستثنى
من جنس المستثنى منه قال الشيخ أبو نصر هذا الذي ذكره القدوري
استحسان والقياس أن يكون يميناً وبه قال الشافعي وجه الاستحسان
أنهم يذكرون العلم ويريدون المعلوم والحلف بمعلوم الله حلف بغيره
ووجه القياس أنه حلف بصفة من صفات الذات كالقدرة قيل
إن حلف بالعلم الذي هو الصفة فهو حالف كالقدرة وإنما الخلاف إذا أطلق
الكلام ولم يكن هناك ما يدل على التخصيص فإن قلت يرد عليكم

القدرة فانها يصح اليمين بها بمعنى ارادة المقدور وبه يفتى الا قدرة الله
تعالى قلت لا نسلم ان المقدور بالوجود خرج ان يكون مقدورا
لان تحصيل الحاصل محال ... بالحلف وقيل الى الوجود معدوم ولا انعقاد
الحلف المعدوم فكان المراد بالحلف بالقدرة هي الصفة القايمة بذات الله
تعالى كالعلم اذا اريد به المعلوم حيث لا يخرج المعلوم عن ان يكون
معلوما بالوجود فظهر الفرق بين العلم والقدرة قوله ولو قال وغضب
الله وسخطه لم يكن حالفا وكذا ورحمة الله وهذه من مسايل القدوري ايضا
وذلك لانه لم يحلف بالله تعالى ولا بصفة من صفات ذاته ولان الغضب والسخط
يراد بهما العقوبة والرحمة يراد بها اثرها وهو المطر او الجنة قال في رحمة الله
ثم فيها خالدون فكان الحلف بهذه الاشياء حلفا بغير الله تعالى
فلم يجز وكذلك لا يجوز الحلف اذا قال وعذاب الله وثوابه ورضاه وبه صرح
الحاكم في الكافي ولو قال وامانة الله يكون يمينا لان معناه والله الامين والامين من
صفات ذاته كذا في الشامل في قسم المبسوط وهذا خلاف ما ذكره
صاحب التحفة عن الطحاوي انه لا يكون يمينا وان نوى وخلاف ما روي
عن ابي يوسف انه لا يكون يمينا وهو الاصح عندي لان التعليل في مقابلة النص
فاسد وقد ورد الحديث مسندا في السنن عن ابي هريرة رضي الله عنه قال
قال رسول الله صلى الله عليه من حلف بالامانة فليس منا قوله ومن حلف
بغير الله تعالى لم يكن حالفا كالنبي والكعبة وهذا لفظ القدوري وذلك
لان النبي صلى الله عليه نهى عن الحلف بغير الله تعالى قال عليه السلام لا تحلفوا
باباءكم من كان حالفا فليحلف بالله او ليصمت ولان المقصود من اليمين تعظيم
المقسم به ولا يستحق التعظيم سوى الله تعالى وكذلك القرآن لا يجوز الحلف
به لانه يراد به المقروء وهو غير الله تعالى ولانه لم يتعارف الحلف به قال
الناطفي وفي كتاب الايمان والكفارات املاء رواية بشر بن الوليد ليس
ينبغي

ينبغي ان يحلف رجل بشيء من كتاب الله تعالى لا بالقرآن ولا بالكعبة ولا
بالصلاة ولا بالصيام ولا بشيء من طاعة الله تعالى الا بربك لو حلف
فقال والصلاة لا افعل كذا كان قد حلف بغير الله وقوله والصلاة لا افعل
مثل قوله والسماء لا افعل والارض لا افعل والقرآن لا افعل هذا كله واحد لا
ينبغي لاحد ان يحلف بشيء دون الله وفي كتاب الايمان املاء رواية بشر بن
غياث قال ابو يوسف اذا قال والرحمن لا افعل كذا وعنى سورة الرحمن
لا حنث عليه كذا ذكر الناطفي في الاجناس وكذلك وقال والرسول
النبي والمسجد الحرام وبيت الله لا يكون يمينا كذا في شرح الطحاوي قال
صاحب الهداية اذا قال انا بريء منه اي من النبي او من القرآن يكون يمينا
التبري منهما كفر وكذا اذا قال هو بريء من الصلاة والصوم يكون يمينا
عندنا خلافا للشافعي وكذا اذا قال هو بريء من الاسلام ان فعل كذا
خلافا للشافعي وعليه نص في شرح الطحاوي وقال في النوازل ان قال والكتب
الاربعة فليس هذه بيمين وان قال فانا بريء من الكتب الاربعة فعليه كفارة
يمين واحدة وان قال انا بريء من التورية وبريء من الزبور وبريء
من الانجيل وبريء من القرآن وجب عليه اربع كفارات وقال في خلاصة
الفتاوى لو قال نحن عبيد شهيد لله ولا اله الا الله لا يكون يمينا وقال في
الفتاوى الولوالجي رجل رفع كتابا من كتب الفقه او دفتر حساب
فيها مكتوب بسم الله الرحمن الرحيم فقال انا بريء مما فيه ان دخلت
الدار فدخل تلزمه الكفارة لانه يمين بالله تعالى وقد كتبت هذه المسايل
تكثيرا للفوايد وان لم تذكر في الهداية قوله قال والحلف بحروف القسم
وحروف القسم الواو كقوله والله والباء كقوله بالله والتاء كقوله تالله
اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الحلف باسم الله تعالى وصفاته يبتني
على حروف القسم والاصل فيها الباء ووضعها للالصاق وهي تضيف

الحلف على المحلوف به في قولك احلف بالله ثم حذف الفعل تخفيفا ولكثرة [illegible] القسم كثيرة ثم ابدل منها الواو لمناسبة بينهما لان وضعها للجمع وفي الجمع معنى الالصاق ثم ابدلت عن الواو التاء لمناسبة بينهما ايضا لانهما من حروف الزوائد في تراث وتخمة فلما كان الباء اصلا دخلت في اسم الله وغيره وفي المظهر والمضمر والتاء لما كانت بدلا من البدل انحطت بدرجتين حيث لم تدخل المظهر والمضمر جميعا الا على اسم الله تعالى وحده قال عبد القاهر ما حكاه ابو الحسن من قولهم تربي وتشاة لا يوخذ به وكل هذه الحروف مذكورة في القران كقوله تعالى بالله ان الشرك لظلم عظيم ولقوله والله ربنا ما كنا مشركين وكقوله تعالى وتالله لاكيدن اصنامكم قال ابو ذويب الهذلي تالله تبقى على الايام مبتقل جون السراة رباع سنه غرد **ق** اراد والله لا يبقى على الايام حمار ياكل البقل وجون السراة اسود الظهر رباع في سنه غرد في صوته اي مطرب وقيل الشير النهاق وجاز حذف لا لدلالة الحال عليه كقوله تعالى تالله تفتؤ تذكر يوسف اي لا تفتؤ وذلك لانه قصد نفي البقاء **قوله** وقد يضمر الحرف فيكون حالفا كقوله والله لا افعل كذا وفيه وجهان احدهما الجر والنصب بنزع الخافض كقوله الله لافعلن والثاني الاضمار والجر كقولك الله لافعلن قال عبد القاهر والاكثر النصب لان الجار لا يضمر الا قليلا ولهذا قال الشيخ ابو علي ودنما اضمروا حرف الجر بلفظ التقليل وقال في المبسوط النصب مذهب اهل البصرة والخفض مذهب اهل الكوفة وفيه نظر لان اهل اللغة لم يختلفوا في جواز كل واحد من الوجهين لكن النصب اكثر كما ذكر عبد القاهر في مقتصده وعلى ذلك بيت الكتاب **ش** الا رب من قلبي له الله ناصح **م** النفقة الا رب من قلبي له ناصح بالله والفرق بين الاضمار والحذف ان في الاضمار اثره باق في الحذف لا **قوله** وكذا اذا قال لله في المختار اعلم انهم يوقعون اللام موقع الباء زيدا للاختصاص فيستعملونها فيما هو حقيق بالتعجب كقوله لله لا يوخر الاجل وانشد سيبويه لعبد مناة

لعبد مناة الهذلي لله يبقى على الايام ذو حيد [illegible] وذلك لان اللام تقوم مقام الباء لقوله تعالى امنتم به وفي اية اخرى امنتم له قبل ان اذن لكم وانما قال في المختار احترازا عما روي عن ابي حنيفة انه لو قال لله على ان لا افعل كذا انما ليس بيمين الا ان ينوي لان الصيغة صيغة النذر ويحتمل معنى اليمين ذكره الولوالجي في فتاواه **ش** الحالف اذا سكن الهاء في قوله بالله او حركها باي حركة كانت تنعقد يمينا لان الخطاء في الاعراب لا يمنع صحة اليمين كذا قالوا في الفتاوى ونقل صاحب خلاصة الفتاوى عن المحيط اذا قال بالله لا يكون يمينا الا اذا نوى يعني قال بكسر اللام وسكون الهاء **قوله** قال ابو حنيفة رضي الله عنه اذا قال وحق الله فليس بحالف هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وهو قول محمد واحدى الروايتين عن ابي يوسف وعنه رواية اخرى اي عن ابي يوسف رواية اخرى انه يمين وبه قال الشافعي رحمه الله كذا ذكر الشيخ ابو نصر البغدادي وجه قوله ان الحق من اسماء الله تعالى ولهذا ذكر في تعداد اسماء الله الحسنى فيصح الحلف به قال الله تعالى فذلكم الله ربكم الحق فماذا بعد الحق الا الضلال وقال تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم وقال تعالى ويعلمون ان الله هو الحق المبين ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان حق الله على عباده طاعته فيكون الحلف به حلفا بغير الله تعالى فلا يصح وقد سئل رسول الله صلى الله عليه عن حق الله تعالى على عباده فقال ان تعبدوه ولا تشركوا به شيئا والحلف بالعبادات لا يجوز والجواب عن استدلال ابي يوسف فنقول نعم نطلق الحق على الله تعالى فلو اراد الحالف ذلك لقال والحق فكان حالفا ولكنه اضاف الحق الى الله تعالى حيث قال وحق الله والمضاف غير المضاف اليه لا محالة فلم يجز الحلف بغير الله تعالى والحق في اللغة ضد الباطل كقوله تعالى الا ان وعد الله حق وقال تعالى اليوم تجزون عذاب الهون بما كنتم تقولون على الله غير الحق ومعنى قوله هو الحق المبين اي ذو الحق كذا في الكشاف **قوله** ولو قال حقا لا يكون يمينا

ذلك بسبيل التفريع لما قبله قال الفقيه ابو الليث في النوازل قال ابو نصر البلخي
بحق الله يكون يمينا لان الناس يحلفون به ولو قال حقا لا يكون يمينا
وهو بمنزلة قوله صدقا وهو قول محمد بن سلمة وقال الحسن بن ابي مطيع حقا
يمين لقوله تعالى ولو اتبع الحق اهواءهم فالحق هو الله تعالى فصار كانه قال
والله لا افعل كذا وقال ابو نصر لو قال والحق لا افعل كذا ان نوى به اسم الله تعالى
فهو يمين وان لم يرد به اسم الله لا يكون يمينا الى هنا لفظ النوازل ولنا نظر لفظ النوازل
في قوله بحق الله يكون يمينا لان الاضافة تقتضي المغايرة بين المضاف والمضاف
اليه فيكون الحلف اذن بغير الله تعالى فلهذا قال ابو حنيفة ومحمد وابو يوسف
في احدى الروايتين عنه ان قوله وحق الله ليس بيمين لكنا هنا وقال بعضهم
في شرحه والحق بالتعريف يكون يمينا بلا خلاف ولنا في اطلاق هذا الجواب
نظر لان الحق يطلق على غير الله تعالى معرفا ايضا كقوله تعالى فماذا بعد
الحق الا الضلال وقوله تعالى قل الله يهدي للحق وقوله تعالى فلما جاءهم الحق
من عندنا قالوا ان هذا لسحر مبين فكيف يكون يمينا بلا خلاف مع الاحتمال
لكن جوابه ان يقال ان نوى اليمين باسم الله يكون يمينا والا فلا **قوله** ولو قال
اقسم او اقسم بالله او احلف او احلف بالله او اشهد او اشهد بالله فهو حالف
وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم انه اذا ذكر اليمين باسم الله تعالى وصفاته
بلفظ الماضي بان قال حلفت بالله او اقسمت بالله لا افعلن كذا يكون يمينا بلا خلاف
اما اذا ذكر القسم بلفظ المستقبل بان قال احلف بالله او اقسم بالله لافعلن
كذا او اشهد بعزة الله لا افعلن كذا يكون يمينا عندنا وعند الشافعي لا يكون
يمينا الا بالنية والصحيح قولنا لان هذا في العرف يراد به الحال
كقولهم اشهد ان لا اله الا الله اما اذا لم يذكر المقسم به بان قال اشهد او احلف
او اقسم لافعلن كذا يكون يمينا عند علمائنا الثلاثة نوى او لم ينو وقال
زفر ان نوى يكون يمينا وقال الشافعي لا يكون يمينا وان نوى والصحيح قولنا لان
ذكر القسم

ذكر القسم والخبر دليل على المقسم به محذوف وهو اسم الله تعالى الى التحفة
يؤيد ما ذهبنا اليه قوله تعالى اذا جاءك المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله
ثم قال بعد ذلك اتخذوا ايمانهم جنة سمى قولهم نشهد انك لرسول الله يمينا
وهم لم يقولوا نشهد بالله فعلم ان ذكر المقسم به ليس بشرط لانعقاد اليمين
تجوز عنه تحقيقا للدلالة لفظ اليمين عليه وقال تعالى يحلفون لكم لترضوا
عنهم فان ترضوا عنهم فان الله لا يرضى عن القوم الفاسقين ترك في الاية ذكر
المقسم به وهو اسم الله تعالى للدلالة لفظ الحلف عليه لان الحلف بغير الله تعالى
ليس بمشروع وقال تعالى اذ اقسموا ليصرمنها مصبحين وقد ظن بعضهم في شرحه
ان قوله اقسم او اشهد او قوله على يمين ينعقد يمينا بلا ذكر المقسم عليه وذلك
وهم لان اليمين انما يكون يمينا اذا ذكر القسم والمقسم عليه والا فلا واستدل
بما ذكر في الذخيرة ان قوله على يمين موجب للكفارة وذلك سهو لانا لا نسلم
ان مجرد قوله على يمين موجب للكفارة ما لم يذكر المقسم عليه ولم ينقض اليمين
بترك البر واما مراد صاحب الذخيرة ان هذا اللفظ ينعقد يمينا موجبا للكفارة
اذا وجد ذكر المقسم عليه ونقضت اليمين وتحقيقه ان الكفارة انما تجب لستر الذنب
في نقض اليمين المنعقدة على اي شيء انعقدت اليمين حتى يتصور نقض اليمين
فيجب الكفارة وايضا قوله على يمين فيه احتمال لانه يصح ان يكون عليه يمين
الغموس او اليمين المنعقدة والكفارة لا تثبت بالاحتمال لانها دائرة بين العبادة و
العقوبة والعقوبات تندرئ بالشبهات وذلك لانه ليس في الغموس كفارة ولا
في المنعقدة على قيام البر فكيف تتصور الكفارة وايضا لو وجبت الكفارة بمجرد
قوله على يمين يلزم تقديم المسبب وهو فاسد انما قلنا ذلك لان سبب
الكفارة هو الحنث ولم يوجد لعدم انعقاد اليمين على شيء فيلزم تقديم المسبب
على سببه لا محالة فافهم واما كان مراد القدوري رحمه الله تعداد الالفاظ التي
تنعقد بها اليمين اذا ذكر المقسم عليه لان هذه الالفاظ تنعقد بها اليمين بذلك

ذكر المقسم عليه [illegible] بالله او باسم من اسمائه تعالى او قال الله
او بالله او تالله او لعمر الله [illegible] او يهودي او نصراني او مجوسي
[illegible] من الاشياء [illegible] واشهد بالله او احلف او احلف بالله او اقسم
او اقسم بالله [illegible] او نذر الله او اعزم او اعزم بالله او علي عهد الله
[illegible] الايمان واذا حلف بشيء منها ليفعلن كذا وكذا لحنث وجبت عليه
الكفارة الى هنا لفظ الاصل وقد ذكر فيه كما ترى قوله يهوديا او نصرانيا او مجوسيا
من عداد الفاظ اليمين فهلا ظن هذا الشارح ان الشخص اذا قال هو يهودي
او نصراني غيران يقول ان فعلت كذا انه يجب عليه الكفارة على ان محمدا قد صرح
باشتراط المقسم عليه لانه قال بعد تعداد كلمات القسم واذا احلف بشي منها
ليفعلن كذا وكذا فحنث وجبت عليه الكفارة ولقد صدق الله تعالى ان
الظن لا يغني من الحق شيئا قوله وهذا قيل لا تحتاج الى النية اي لاجل
ان الحلف بالله هو المعهود المشروع وبغير الله محظور قال بعض مشايخنا لا
حاجة الى النية في قوله احلف او اشهد او اقسم لكونه يمينا صرفا للكلام
الى ما هو المعهود في الشرع وعليه صاحب التحفة وقال بعض مشايخنا
لا بد منها اي من النية [illegible] لان اللفظ يحتمل الوعد ويحتمل اليمين
بغير الله تعالى فلا يتعين اليمين بالله تعالى مرادا الا بالنية واليه ذهب
صاحب شرح الاقطع قوله واليمين بغير الله تجري في اليمين عطفا على
العتق قوله وكذا قوله لعمر الله وايم الله اي هذان اللفظان من الفاظ
اليمين ايضا اما لعمر الله فلقوله تعالى لعمرك انهم لفي سكرتهم يعمهون و
العمر بفتح العين وضمها البقاء الا ان الضم لم يستعمل في القسم والبقاء
من صفات الذات فكان كالحلف وكانه قال والله الباقي واما وايم الله فقد
جاء في لفظ النبي صلى الله عليه روى البخاري مسندا الى ابن عمر قال بعث
رسول الله صلى الله عليه بعثا وامر عليهم اسامة بن زيد فطعن بعض الناس
في امرته

في امرته فقام رسول الله صلى الله عليه [illegible] فقال ان تطعنوا في امارته فقد
كنتم تطعنون في امرة ابيه من قبل وايم الله ان كان لخليقا للامارة وان كان
لمن احب الناس الي وان هذا لمن احب الناس الي بعده [illegible] ان ايم الله
اصله ايمن الله وحذف النون للتخفيف وايمن جمع يمين وهمزته للقطع و
سقوطها في الوصل للتخفيف لكثرة الاستعمال هذا مذهب الفراء وقال سيبويه
هي كلمة اشتقت من اليمين ساكنة الاول فجي بهمزة الوصل ليمكن النطق بها
كما في ابن واسم ونحوه كذا العلم انهم يكتبون الواو في اخر عمرو في حال الرفع والجر
نونا بينه وبين عمر خارجا عن القياس خلاف قولهم لعمر الله وخلاف
قول الراجز باعدام العمر اسيرها فانهم لا يكتبون الواو وهكذا ذكر ابن
درستويه في كتاب الكتاب المتمم وانشد اما انت في سلم كواو الحقت
في الهجاء ظلما بعمرو قوله والحلف بالقطيعين سعادة اي بقوله لعمر الله و
بقوله ايم الله يعني ان العرب استعملتها في القسم ولم يرد النهي عنه قوله وكذا
قوله وعهد الله وميثاقه العهد في الاصل هي المواعدة التي تكون بين اثنين
لوثوق احدهما على الاخر وهو الميثاق وقد استعمل في اليمين قال تعالى واوفوا بعهد الله
اذا عاهدتم ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها فقد جعل عهد الله في القران يمينا
كما ترى والميثاق في معناه فاذا حلف بميثاق الله يكون يمينا كما في عهد الله
وكذا اذا حلف بذمة الله تعالى يكون يمينا ذكره في الاصل لان النبي صلى الله عليه
كان يقول اذا بعث جيشا اذا حاصرتم اهل حصن او مدينة فارادوكم على
ان تعطوهم ذمة الله وذمة رسوله فلا تعطوهم ولكن على ذمتكم والذمة
العهد والضمان يقال هذا في ذمتي وذمتي اي في ضماني كذا في الفائق فعلى هذا يكون
ذمة الله يمينا كعهد الله لانه في معناه قوله وكذا اذا قال علي نذر او نذر
الله هذا لفظ القدوري ايضا وانما جعل النذر يمينا لما روى صاحب السنن باسناده
الى ابن عباس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه قال من نذر نذرا لم يسمه فكفارته

العهد

[illegible] وروي [illegible] الصاني [illegible] عن عامر قالت قال رسول الله
[illegible] عليه كفارة [illegible] قال الحالم [illegible] وان حلف بالنذر
[illegible] عليه [illegible] والنذر [illegible] فعليه كفارة يمين
وان قال ان فعلت كذا فهو يهودي او نصراني او كافر تكون يمينا
[illegible] من مسايل القدوري قال الشافعي لا يكون يمينا كذا في شرح الطحاوي
لمسايل وغير ممالة انه حلف بالمعصية فلا يصح كما اذا قال ان فعل كذا فهو زان
او شارب خمر او اكل ميتة وهو القياس ولنا ان الكفر لا يجوز استباحته
ابدا لان حرمة الكفر لا تنكشف على القيام دليل الوحدانية فلما جعل فعل
ذلك الشي الذي حلف عليه شرطا للكفر فقد جعله واجب الامتناع كهتك
حرمة اسم الله تعالى فصار يمينا لتحريم المباح وهو يمين بالنص كذا هنا وروي
صاحب المختلف حديثا رواه ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه قال من حلف
باليهودية والنصرانية فهو يمين هذا اذا حلف على امر في المستقبل اما اذا حلف على الماضي
كاذبا قصدا بان قال ان فعل كذا فهو يهودي وقد فعله فهي يمين الغموس لا كفارة
فيها عندنا ولكن هل يكفر فيه اختلاف المشايخ قال في شرح الطحاوي روي عن محمد
ابن مقاتل الرازي انه يكفر لانه كلام خرج مخرج التعليق فيكفر به وروي عن ابي
عبد الله البلخي انه قال لا يكفر به وهكذا يروى عن ابي يوسف لان الكفر بالاعتقاد
وهو لم يقصد الكفر وانما قصد ان يصدق في مقالته وقال في التحفة قيل هذا اذا كان
عنده انه لا يكفر فاما اذا كان عنده انه يكفر اذا حلف به في الماضي او المستقبل
وحنث في يمينه انه يكفر لانه بالاقدام عليه صار مختارا للكفر كفر **قوله** ولو قال
ان فعلت كذا فعلي غضب الله او سخط الله فليس بحالف وهذه من مسايل القدوري
وذلك لان الغضب عبارة عن ارادة الانتقام من العصاة وهي من صفات الفعل
فلم تكن في معنى الذات فكان اليمين بها يمينا بغير الله تعالى فلا يجوز والسخط
في معنى الغضب فكان في حكمه قال الحاكم لو دعا على نفسه باللعنة والموت او عذاب
النار لا

يكون يمينا [illegible] يستحل الدم
[illegible] الخنزير او ترك الصلاة او [illegible] لا يكون يمينا [illegible]
وعندنا يلزم الزام شي **قوله** ولكن اذا [illegible] فهو [illegible] او سارق
او شارب خمر او اكل ربوا وذلك لان حرمة هذه الاشياء [illegible]
حرمة هتك حرمة اسم الله تعالى لان حرمة اسمه تعالى لا تحتمل [illegible]
لقيام دليل الوحدانية وهو حدث العالم وليست كذلك هذه [illegible]
فانها تحتمل الفسخ لان تبديل حرمتها الى الحل جايز الجواز عقلا الا ترى
ان الخمر كان يجوز اباحتها بالشرع ويباح الان اذا وقعت الضرورة ولان
اليمين بهذه الاشياء ليست في عرف المسلمين ومبنى الايمان على العرف فلا
تجوز اليمين بها لعدم العرف

فصل في الكفارة

شرع في الكفارة بعد بيان ما ينعقد به اليمين وما لا ينعقد لانها تكون بعد
اليمين لوجوبها بالحنث **قوله** قال وكفارة اليمين عتق رقبة تجزي
فيها ما يجزي في الظهار فان شا كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد
وادناه ما يجوز فيه الصلاة وان شا اطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة
الظهار وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل فيه قوله تعالى لا يواخذكم
الله باللغو في ايمانكم ولكن يواخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة
مساكين من اوسط ما تطعمون اهليكم او كسوتهم او تحرير رقبة فمن لم
يجد فصيام ثلاثة ايام ذلك كفارة ايمانكم اذا حلفتم واحفظوا ايمانكم اعلم
ان الواجب على الغني احد الاشياء الثلاثة غير عين ويتعين ذلك باختيار
العبد لان كلمة او للتخيير وهو مذهب عامة الفقهاء والمتكلمين وقال بعضهم احدها
واجب عينا عند الله تعالى وان كان مجهولا عند العباد والله تعالى يعلم ان
العبد يختار ما هو الواجب عنده تعالى وقالت المعتزلة الواجب الكل على البدل على
معنى انه لا يجب تحصيل الكل ولا يجوز ترك الكل واذا اتى بواحد كفى والمسئلة

يتعلق بالاصول ويعرف تمامه ثمة ان شاء الله ثم الرقبة يجزئ فيها المسلمة والكافرة
والذكر والانثى والصغير والكبير كما في الظهار لان الله تعالى اطلق الرقبة في
الموضعين ولم يقيد لجازهما جارية ولا تجزئ العمياء ولا المقطوعة اليدين
او الرجلين لفوات جنس المنفعة بخلاف العوراء ومقطوعة احدى اليدين
واحدى الرجلين لان اختلال المنفعة ليس بمانع بخلاف المقطوعة يده ورجله
من جانب واحد حيث لا تجوز لان منفعة المشي متعذرة وفي الاصم اختلاف
الرواية والاصح الجواز اذا صيح سمع وقد مر في الظهار ثم المكفر اذا اختار
الكسوة كسا عشرة مساكين لكل مسكين ثوب ازار او رداء او قميص
او قباء او كساء او جبة او ملحفة لان لابس هذه الاشياء يسمى مكتسيا
فيجزئ كل واحد منها وفي السراويل اختلاف الرواية قال في نوادر هشام
لا تجوز وفي نوادر ابن سماعة يجوز كذا في الاجناس وقال الكرخي في مختصره
لا تجزئ في ذلك العمامة ولا القلنسوة ولا السراويل روى ذلك ابن سماعة
وبشر وعلي ابن الجعد عن ابي يوسف ورواه محمد الكيساني في املاء محمد عنه
كذلك لان لابسه يسمى عريانا فلا يثبت وله اسم الكسوة وقال في خلاصة
الفتاوى وعن محمد اذا اعطى المراة لا تجوز واذا اعطى الرجل تجوز لجواز صلاته فيه
كالقميص وذكر ابن شجاع في كتاب الكفارات من تصنيفه قال ابو حنيفة ان كان
العمامة قدرها قدر الازار السابغ او ما يقطع قميصا يجزئ والا لم يجزئ عن
الكسوة وهذا كله اذا كسا رجلا فاما اذا كسا امراة قال الطحاوي يزيد
فيه الخمار لان راسها عورة لا تجوز الصلاة اذا كانت مكشوفة وقال الحاكم
الشهيد في الكافي فان اعطى كل مسكين نصف ثوب لم تجزه من الكسوة لكنه
يجزئ من الطعام اذا كان نصف ثوب يساوي نصف صاع من حنطة ولو
اعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل انسان منه
اكثر من قيمة ثوب لم تجزه من الكسوة واجزاه من الطعام ثم الاطعام يختلف
فيه

فيه التمليك والاباحة خلافا للشافعي له ان التمليك ادفع للحاجة ف
لنا ان حقيقة الاطعام جعل الغير طاعما وهو حاصل في التمكين لا في
التمليك بخلاف الزكاة لان الايتاء ثمة شرط لا يحصل ذلك الا بالاباحة ثم في
الاطعام اعطى كل واحد من عشرة مساكين صاعا من تمر او شعير او نصف
صاع من حنطة او دقيق او سويق فان دعا عشرة مساكين فغداهم و
عشاهم اجزاه وكذلك ان اطعم خبز البر معه ادام وان اداهم قيمة
الطعام اجزاه وكذلك ان غداهم واعطاهم قيمة العشاء وان غداهم
وعشاهم وفيهم صبي فطيم او فوق ذلك شيئا لم يجز وعليه اطعام مسكين
واحد كذا ذكر الحاكم وغيره وحدث الشيخ ابو الحسن الكرخي عن ابي العباس
ابن الصقر عن يوسف بن موسى عن وكيع عن ابن ابي ليلى عن عمرو بن مرة
عن عبد الله بن سلمة عن علي رضي الله عنه قال كفارة اليمين لكل مسكين نصف
صاع من حنطة وحدث الكرخي ايضا في مختصره باسناده الى عمر رضي الله عنه
قال صاع من تمر او شعير او نصف صاع من بر وحدث ايضا عن ابن الصقر
عن يوسف بن موسى القطان عن وكيع عن سفيان عن يونس عن الحسن
قال تغديهم وتعشيهم وحدث ايضا باسناده الى مجاهد قال كل كفارة في
القرآن نصف صاع من بر لكل مسكين قوله قال فان لم يقدر على
احد الاشياء الثلاثة صام ثلاثة ايام متتابعات اي قال القدوري في
مختصره اعلم ان الرجل اذا حنث في يمينه وهو معسر لا يجد ما يعتق
او يكسو او يطعم فعليه صيام ثلاثة ايام متتابعة فان صامها متفرقة
لم تجزه وقال الشافعي هو مخير ان شاء فرق وان شاء تابع لاطلاق
نص القرآن ولنا ما روى محمد بن الحسن في الاصل بقوله بلغنا انها في قراءة
ابن مسعود فصيام ثلاثة ايام متتابعة وقراءته كانت مشهورة الى زمن
ابي حنيفة رضي الله عنه ويجوز الزيادة على النص بالمشهور لا يقال

انجعلوا قراءته كنص آخر فاعملوا بموجب النصين في جواز التفريق والتتابع كما
جوزتم في صدقة الفطر عن العبد المسلم والكافر بموجب الخبرين المطلق
والمقيد لانا نقول ورد الإطلاق والتقييد في صدقة الفطر في السبب
دون الحكم ولا منافاة في الأسباب فعملنا بموجب المطلق والمقيد
جميعا بخلاف ما نحن فيه لأن النصين وردا في الحكم والحكم الواحد لا يقبل
وصفين متضادين فحمل على المقيد لا محالة قال الحاكم الشهيد في مختصره
المسمى بالكافي وكفارة يمين المملوك بالصوم ما لم يعتق ولا يجزئ أن
يعتق عنه مولاه أو يطعم أو يكسو وكذلك المكاتب والمستسعى في قول
أبي حنيفة رضي الله عنه ذكره قبيل باب الطعام في كفارة اليمين وذكر في
باب الصيام وإن صام العبد عن كفارة يمينه فعتق قبل أن يفرغ منه و
أصاب مالا لم تجزه الصوم **قوله** ثم المذكور في الكتاب أي في مختصر
القدوري أراد بالمذكور **قوله** في ذلك الفضل وأدناه ما يجوز فيه الصلاة
وهو كالسراويل للرجل وقد مر بيانه آنفا **قوله** وإن قدم الكفارة على
الحنث لم يجزه هذه لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي التكفير بالمال
قبل الحنث تجوز وعنه في التكفير بالصوم قبل الحنث روايتان كذا ذكر العالم
في طريقة الخلاف له **قوله** أن سبب الكفارة اليمين بدليل إضافتها إلى
اليمين وقد أداها بعد وجوب السبب فتصح كالتكفير بعد الجرح
قبل الموت ولنا أن الكفارة هي الفعلة التي من شأنها أن تكفر الخطيئة
أي تسترها من الكفر وهو التغطية والستر وسمي الرجل كافرا لأنه يغطي
على قلبه والكافور وعاء الطلع وهو الكفر والكفرى وكافور الطيب لبس
يعرف بغض وسمي الليل كافرا لأنه يغطي الأرض وكفر السحاب السماء إذا
غطاها وأنشد ابن دريد في ليلة كفر النجوم غمامها وتكفر بثوبه أي
استتر به وتكفر في السلاح إذا دخل في الدرع فلما ثبت هذا قلنا أن
تستر

تستر الخطيئة قبل وجودها لا تتحقق فلا يصح التكفير قبل الحنث لأنه
يلزم تقديم المسبب على السبب وهو فاسد كما لو كفر قبل الإفطار
ولا نسلم أن اليمين سبب الكفارة لأن أدنى درجات السبب أن يكون
موصلا إلى الشيء لا مانعا له واليمين ينعقد للبر لا للحنث ولا يفضي
إلى الكفارة إلا بالحنث الذي يرتفع به اليمين ولئن سلمنا أنها سبب
لكن لا نسلم أنها تنعقد سببا في الحال قبل الحنث لأن الحنث لكونه شرطا
يعدم انعقاد السبب قبل وجوده وإضافة الكفارة إلى اليمين مجاز لأنه
على عرض أن تصير سببا على تقدير الحنث وقد مر بيانه في التبيين والجرح
مفض إلى الموت فكان أداء التكفير بعد الجرح قبل الموت أداء المسبب بعد سببه
ففسد قياس اليمين على الجرح ولأن التكفير بالمال أحد نوعي التكفير فلا يصح قبل
الحنث قياسا على النوع الآخر وهو الصوم **قوله** ثم لا يسترد من المسكين
عطف على قوله لم يجزه يعني لا يسترد المال من المسكين وإن كان لا يقع عن
الكفارة قبل الحنث لأنها وقعت صدقة ولا استرداد فيها **قوله** ومن
حلف على معصية مثل أن لا يصلي أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا ينبغي أن
يحنث نفسه ويكفر عن يمينه وهذا لفظ القدوري في مختصره والأصل
فيه ما خرجه البخاري في الصحيح بإسناده إلى عبد الرحمن بن سمرة قال
قال رسول الله صلى الله عليه لا تسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها عن غير مسألة
أعنت عليها وإن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها وإذا حلفت على يمين
فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك وفي رواية
أخرى في السنن فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير وحديث في الصحيح
والسنن أيضا مسندا إلى عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه قال من
نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصيه فلا يعصه وقال محمد بن الحسن في
الأصل بلغنا عن النبي صلى الله عليه أنه قال من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها

فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه قوله على يمين أي على مقسم
عليه ... فيها ... في كتاب الأيمان ... المراد من قوله
ليقتلن فلانا ... أن اليمين ... بأن يقول ليقتلن فلانا اليوم أو
غدا أما ... فالبر قائم ما دام الحالف والمحلوف عليه باقيين
كما هو الأصل في اليمين المطلقة المثبتة مثل قوله والله لآكلن هذا الرغيف
أو لأبيعن ... فلا يتصور التحنيث في الحال وإنما يحنث في آخر جزء من
أجزاء الحياة فيوصي بالكفارة حينئذ إذا مات الحالف ويكفر عن يمينه إذا هلك
المحلوف عليه ثم التكفير بالمال قبل الحنث يجوز على رواية السنن كما ذهب
إليه الشافعي ولكن علماؤنا رجحوا رواية الصحيح لكونها موافقة للقياس
لأنه يلزم تقديم المسبب على السبب على ما ذهب إليه الشافعي خلافا لما
ذهبنا إليه وقد مر بيانه آنفا **قوله** ولأن فيما قلناه تفويت
البر إلى جابر وهو الكفارة ولا جابر للمعصية في ضده أي لأن في الذي
قلناه أي في تحنيث النفس والتكفير بعد ذلك يفوت البر لكن إلى جابر
والجابر هو الكفارة والفوات إلى جابر كلا فوات فيكون المعصية الحاصلة
بتفويت البر كلا معصية لوجود الجابر أما إذا أتى بالبر وهو ترك الصلاة و
قطع الكلام عن الأب وقتل الفلان بغير حق تحصل المعصية بلا جابر لها فتكون المعصية
قائمة لا محالة فلهذا قلنا يحنث نفسه ويكفر عن يمينه والضمير في ضده يرجع
إلى ما في فيما قلنا وأراد بالضد البر في اليمين **قوله** وإذا حلف الكافر ثم حنث
في حال الكفر أو بعد إسلامه فلا حنث عليه أي لا كفارة عليه وهذه من مسائل
القدوري وقال في شرح الأقطع قال الشافعي تنعقد يمينه فإن حنث حال
كفره كفر بالعتق والكسوة والإطعام دون الصوم وإن حنث بعد إسلامه
كفر بالصوم إن كان معسرا له ما روي عن نافع عن ابن عمر عن عمر قال قلت
يا رسول الله إني نذرت في الجاهلية نذرا وقد جاء الله عز وجل بالإسلام
فقال

فقال في بنذرك ... قوله تعالى فقاتلوا أئمة الكفر إنهم لا
أيمان لهم وقد روينا قبل هذا عن عائشة رضي الله عنها عن النبي
صلى الله عليه قال من نذر أن يطيع الله فليطعه ومن نذر أن يعصيه فلا
يعصه وجه الاستدلال به أن صيام الكافر وإعتاقه معصية فلا يصح
ذلك بموجب الحديث وقال تعالى إن ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف وقال
عليه السلام الإسلام يجب ما قبله فلا حاجة إلى الكفارة مع غفران ما سلف
وروي أن النبي صلى الله عليه أراد أن يتزوج امرأة زيد بن حارثة فقالت
عاهدت زوجي إن مات قبلي أن لا أتزوج أبدا وعاهدني كذلك فقال صلى
الله عليه إن كان ذلك في الجاهلية فارفضيه عنك وإن كان في حال
الإسلام ففي بعهدك وقوله عليه السلام لعمر ف بنذرك لم يكن على
طريق الإيجاب بل كان على الاستحباب لطيبة النفس بدليل ما تلونا وما
روينا وذلك لأن نذره في الجاهلية كان معصية ولأنه وفيها والذي كان يفعله
بأمر النبي كان طاعة فعلم أنه أمره لا على أنه واجب ولأن انعقاد اليمين لتعظيم الله
عز وجل مع الاعتقاد على الكفر لا تعظيم الله عز وجل فلا ينعقد يمينه ولأن الكفارة فيها
مدخل للصوم إن كان الحانث معسرا بالآية والكافر لا يصح صومه لكونه عبادة
فلا ينعقد يمينه فإن قلت حلف الكافر بالله تعالى في الدعاوي يصح فيجب
أن يصح في غيرها قلت لا نسلم الملازمة لأن يمينه في الدعاوي يقع على
الماضي وكلامنا في انعقاد يمينه فلم يصح الاستدلال بغير المنعقد ولأن الكافر قد
يستعظم اليمين كاذبا والحاكم يحتاج إلى قطع الخصومة بذلك فصح ولا حاجة
إلى انعقاد يمينه فلا يصح **قوله** ومن حرم على نفسه شيئا مما يملكه لم يصر يمين
محرما وعليه إن استباحه كفارة يمين وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال
الشافعي لا كفارة عليه وأصل المسألة أن تحريم المباح يمين عندنا خلافا للشافعي
رحمه الله له أنه لو كان يمينا يلزم قلب المشروع فلا يجوز ولنا قوله تعالى

نعليه الحنث لانه حين ... [illegible] عن اليمين ولا يصح الرجوع عنها وروي عن ابن
عباس صحة الاستثناء المنفصل وقد مر جوابه في باب طلاق المريض والله اعلم

باب اليمين في الدخول والسكنى

لما كان انعقاد اليمين على فعل شيء او تركه شرع في ذكر الافعال التي تنعقد عليها اليمين
بابا بابا الا انه قدم هذا الباب على غيره لانه اهم لان الانسان محتاج الى مسكن يدخل
فيه ليستقر ثم يترتب على ذلك سائر الافعال من الاكل والشرب واليه اشار الله تعالى
بقوله جعل لكم الارض فراشا والسماء بناء وانزل من السماء ماء فاخرج به
من الثمرات رزقا لكم وهذا لانه ذكر الرزق بعد جعل الارض فراشا **قوله**
ومن حلف لا يدخل بيتا فدخل الكعبة او المسجد او البيعة او الكنيسة لم تحنث كنيسة
وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان هذه المواضع لا يدخل تحت اسم البيت
في العادة لانه اسم لما يبات فيه وهذه لم تبن للبيتوتة والمعتبر في الايمان
العادة دون الفاظ القران فلهذا لم تحنث بالدخول فيها وان اطلق عليها اسم البيت
في القران كقوله في الكعبة ان اول بيت وضع للناس وكقوله في بيوت اذن الله
ان ترفع ويذكر فيها اسمه وما ذكر بعضهم في شرحه منقولا عن الفوايد الظهيرية
انه اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت تحنث فذلك سهو لكونه مخالفا
للاصل الذي ذكرنا ولكونه مخالفا للرواية الا ترى ان الشيخ ابا نصر قال ان حلف
لا يخرب بيتا فخرب بيت العنكبوت لم تحنث وان سماه الله بيتا ذكره في مسئلة
لا ياكل لحما فاكل السمك لم تحنث ثم البيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود قال
القتبي في تفسيره لهدمت صوامع للصابيين وبيع للنصارى وصلوات يريد وبيوت
صلوات يعني كنايس اليهود ومساجد للمسلمين ونقل في خلاصة الفتاوى
عن الاصل لو حلف لا يسكن بيتا ولا نية له فسكن بيتا من شعر او فسطاطا او
خيمة لا تحنث وان كان الحالف من اهل المصر وان كان اهل البادية يحنث
قوله وكذا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار اي لا تحنث في يمينه لا يدخل
بيتا

بيتا اذا دخل دهليزا او ظلة باب الدار لان ... اعد للبيتوتة وهما لم يعد
لها واليه اشار بقوله لان ... من الابنية وعلل في شرح الطحاوي
بقوله لان هذه المواضع لا تسمى بيتا في الاطلاق وقال في التحفة ولو دخل
دهليز الدار تحنث لانه في الداخل وتاويله ما قال صاحب الهداية بقوله وقيل
اذا كان الدهليز تحنث لو اغلق الباب بقي هو مسقف تحنث لانه يبات في
الدهليز المسقف عادة وقال في التحفة ايضا وان قام على اسكفة الباب ان كان
الباب اذا اغلق كانت الاسكفة خارجة منه لم تحنث وان بقيت في الدار حنث
والظلة ما اظل فوق الباب خارج الدار **قوله** وان دخل صفة حنث اي
في يمينه لا يدخل بيتا لانه يبات فيه وفي بعض نسخ السنة قال
الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي هذا اذا كان الحالف في بلاد لان
لصفافهم ابوابا كابواب البيوت واما في بلادنا لا تحنث لان صفافنا غير مبوبة
واليه ذهب صاحب التحفة وقال صاحب الهداية قيل الجواب يجري على اطلاقه
نعم تحنث اي صفة دخلها لصحة البيتوتة فيها واليه ذهب في الهداية
قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر عن ابي خازم القاضي ببغداد صح قاضي
قال هذه المسئلة كانت مشكلة حتى انتهيت الى الكوفة فرايت صفافهم
مبوبة فعلمت ان الايمان وضعها على تعارفهم وقال ابو بكر الرازي في شرحه
لمختصر الطحاوي وانما قال اصحابنا ذلك على حسب عاداتهم كانت بالكوفة
حينئذ وهم يسمون بيتا في جوفه بيت اخر صفة فاما اسم الصفة ببغداد لا
يتناول البيت ولا اسم البيت يتناول الصفة **قوله** صفافهم اي صفاف
اهل الكوفة وبه صرح في التحفة **قوله** ومن حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة لم
تحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت وصارت صحراء
حنث وهذه من مسايل القدوري وقال الشافعي لا تحنث في الوجهين وهذا لان
الدار اسم لقطعة ارض ضربت لها الحدود وخط لها دايرة وبني في بعضها

دون البعض لتجمع فيها خوافق الصحراء للاستمراخ ومرافق الابنية للاستكنان
وغير ذلك سواء كانت الابنية بالماء والتراب او بالخيام والقباب لكن البناء
مشبه بها بدليل قولهم دار عامرة ودار غامرة والاستدلال بالصحراء لكونها هي
المقصودة فلما كان البناء وصفا قلنا ان الوصف في الحاضر لغو الا اذا كانت
الصفة داعية الى اليمين وفي الغائب معتبر لانه يفيد التعريف كما اذا قال
لا اكلم هذا الشاب فكلمه بعدما شاخ حنث بخلاف قوله شابا حيث
لا يحنث بكلامه بعدما شاخ فلهذا لم يحنث اذا قال دارا اذا دخلها بعد
الخراب بخلاف ما اذا قال هذه الدار حيث يحنث بالدخول بعد الخراب وهذا
بخلاف البيت لان البناء اصل فيه اذ به صار محل البيتوتة فلم يحنث بالدخول
بعد الانهدام سواء كان معرفا او منكرا فان قلت البناء لا يخلو من احد الامرين
اما ان كان داخلا في مسمى الدار او لا فعلى كلا التقديرين لا يفترق الحال
بالتعريف والتنكير لانه ان كان داخلا ينبغي ان يكون مرادا في المعرف ايضا كيلا
يحنث بدخول الصحراء وان لم يكن داخلا لا يكون مرادا في المنكر ايضا
كي يحنث بدخول الصحراء قلت هذه مغالطة وذلك لان الوصف
لا يعتبر في الحاضر لان الاشارة ابلغ في التعريف فلا يكون داخلا في
المسمى وفي الغائب معتبر لان المعرفة تحصل به فكان داخلا في المسمى قوله
وقد شهدت اشعار العرب بذلك اي بان الدار اسم للعرصة قال زهير
وقفت بها من بعد عشرين حجة فلأيا عرفت الدار بعد توهم واللأي
الجهد والمشقة يقول وقفت بدار ام اوفى بعد مضي عشرين سنة من
بينها وعرفت دارها بعد التوهم بمقاساة جهد ومعاناة مشقة وقال
لبيد عفت الديار محلها فمقامها بمنى تأبد غولها فرجامها اي عفت ديار
الاحباب ما كان منها للحلول دون الاقامة وما كان منها للاقامة ومنى
موضع بحمى ضرية غير منى الحرم وتأبد توحش والغول والرجام جبلان
معروفان

معروفان وقال النابغة يا دار مية بالعلياء فالسند اقوت وطال عليها سالف
الامد واقوت اي اقفرت والسند اسم جبل وقال حسان تلك قفار اللوى
اضحت خلاء بعدما قد تحل اي نشاط والنشاط شرة من الصبي وصف الاناث
كما ترى دلت على ان الدار تسمى دارا بعد ارتحال اهلها عنها وانمحاء اثرها
ودروس رسومها واطلالها وفي هذا الباب كثرة لا يمكن احصاؤها وقد اورد
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
بيتا يصلح لضبط الفقهاء وهو الدار دار وان زالت حوائطها والبيت
ليس ببيت بعد تهديم ولكن لا يصلح للاحتجاج به لان قائله ليس بمعلوم
وانشاء مثله لكل احد غير عسير قوله ولو حلف لا يدخل هذه
الدار فخربت ثم بنيت اخرى فدخلها يحنث اي بنيت دارا اخرى وذلك
لان الدار لا يزول عنها اسم الدار بعد الخراب على ما مر بيانه فلما كان كذلك
حنث بالدخول بعد بنائها دارا اخرى لانها لم يتبدل باعتبار اصله
وانما تبدل الوصف وذلك لا يعتبر في الحاضر قوله وان جعلت مسجدا
او حماما او بستانا او بني بيتا فدخله لم يحنث وكذا اذا غلبت عليها دجلة
او الفرات فصارت بحرا او نهرا فدخلها لا يحنث كذا ذكر الشيخ ابو المعين النسفي
في شرح الجامع الكبير وذلك لانها لا تبقى دارا في هذه الاحوال لزوال صورتها
بالكلية وهي ذاتها التي اخذ عليها الخط وتميز مما سواها ولارتفاع مرافقها
وانقطاع منافعها بالكلية لانها تبدل اصلها لانه تبدل اسمها وذلك لان
الاعيان الموجودة تعرف باسمائها فلما تبدل الاسم كان ذلك بمنزلة تبدل
العين قوله وكذا اذا دخله بعد انهدام الحمام واشباهه يعني في يمينه
لا يدخل هذه الدار اذا خربت فبنيت مسجدا او حماما او بستانا او بيتا ثم انهدم
هذه الاشياء فدخل العرصة لا يحنث لان علة ثبوت اسم الدار زالت بالكلية
باعتراض هذه الاشياء فبانهدامها لا يعود اسم الدار فلم يصر الصحراء عين

تلك الدار ولكن لو بنيت دارا مرة اخرى بعد ما انهدمت هذه الاشياء ودخلها
لم يحنث لانها غير تلك الدار التي [illegible] عن الدخول فيها وبه صرح
الشيخ ابو المعين النسفي وغيره في شرح الجامع قوله ولا يعود اسم
الدار به بالباء المشددة [illegible] المنقوطة بنقطتين تحتانيتين بعدها تا
[illegible] لهذا البستان قوله وان حلف لا يدخل هذا البيت
فدخله بعد ما انهدم وصار صحراء لم يحنث وهذا لفظ القدوري
وهي من مسائل الجامع الصغير وذلك لان اسم البيت قد زال بالانهدام لزوال
لزوال علة استحقاق الاسم وهو البناء الذي يبات فيه وليس هذا كالدار
لان الدار تسمى دارا ولا بناء فيها ولا تسمى البيت بيتا وهو صحراء وكذا اذا
بني بيتا اخر فدخله لا يحنث لانه صار بيتا جديدا كذا ذكر في شرح
الجامع الصغير اما اذا رفع سقف البيت وبقيت حيطانه فدخله يحنث
وذلك لان السقف صفة الكمال في البيت لصحة البيتوتة في غير المسقف
فلم يضر فوات الوصف كالبناء في الدار قوله ومن حلف لا يدخل
هذه الدار فوقف على سطحها حنث وهذا لفظ القدوري وذكر في الشامل
في قسم المبسوط حلف لا يدخل دارا فلا يقام على حائطها او سطحها حنث وقال
في شرح الاقطع قال الشافعي لا يحنث لنا ان السطح من الدار لان الدار
عبارة عما احاطت به الدائرة وهذا حاصل في علو الدار وسفلها ولانه يصح اقتداء
الذي على السطح المسجد بمن فيه ولا يفسد اعتكاف المعتكف بالصعود الى سطح
المسجد ولو حلف لا يخرج من هذه الدار فصعد سطحها لم يحنث ولو لم يكن
السطح بحساب الداخل لحنث بالمصير اليه لحصول الخروج قوله قيل
في عرفنا لا يحنث اي بالوقوف على سطح الدار قال الفقيه ابو الليث في
النوازل ان كان الحالف من بلاد العجم فانه لا يحنث في هذا كله ما لم يدخل الدار
لان الناس لا يعرفون ذلك دخولا في الدار قوله قال وكذا اذا دخل
دهليزها

دهليزها يحنث اي قال القدوري قوله ويجب ان يكون على التفصيل الذي
تقدم يعني اذا اغلق الباب بقي هو مستقفا قوله وان وقف في طاق
الباب بحيث اذا اغلق الباب كان خارجا لم يحنث وهذا لفظ القدوري
يعني اذا كان الطاق خارجا من الدار اذا اغلق الباب لا يكون الواقف في
الطاق حانثا في يمينه لا يدخل هذه الدار لان الباب لاحراز ما في الدار فلما
كان الطاق خارجا لم يكن من الدار ولو كان الرجل داخلا في الدار فحلف
ان لا يخرج منها فقام في مقام يكون الباب بينه وبين الدار اذا اغلق حنث
لانه خرج كذا نص الحاكم قوله ومن حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم
يحنث بالقعود حتى يخرج ثم يدخل وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا
استحسان وفي القياس يحنث قال الشيخ ابو نصر قال الشافعي في بعض كتبه
يحنث وقد التزم بعض اصحابه اذا قال لا اخرج وهو خارج انه يحنث لان
الدوام على الفعل له حكم ابتداء الفعل كما اذا حلف لا يلبس هذا الثوب
وهو لابسه او لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فدام على ذلك يحنث ولنا
ان الدخول في الدار عبارة عن الانتقال من خارجها الى داخلها وخروجها
بالعكس والمكث في الداخل او الخارج ليس بانتقال فلا يكون دواما في الدخول
والخروج فلا يحنث ولان الدخول والخروج لا يوصف بالامتداد لا يصح ان
يقال دخلت يوما او خرجت يوما فلا يثبت الدوام بخلاف اللبس والركوب
حيث يصح وصفهما بالامتداد ففسد القياس قوله ولو حلف لا يلبس هذا
الثوب وهو لابسه فنزعه في الحال لم يحنث وكذا اذا حلف لا يركب هذه
الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته وهذا لفظ القدوري وكذا اذا حلف لا
يسكن هذه الدار فاخذ في النقلة من ساعته لم يحنث وهذا قول اصحابنا وقال
زفر يحنث وهو القياس وان لبث ساعة يحنث بالاتفاق وجه قوله ان
الركوب واللبس والسكنى قد وجد بعد اليمين وهو شرط الحنث وشرط الحنث

الحنث

يستوي فيه القليل والكثير ولئن سلمنا أن غرض الحالف من اليمين البر لا الحنث
ولا يمكن البر إلا بأن يكون زمان النزع والنزول والنقلة مستثنى من اليمين وذلك
لأنه ليس في وسع البشر الامتناع عن ذلك القدر فيكون مستثنى لا محالة دلالة
فإن لم يشتغل بها حتى خلا في ما إذا لبث ساعة ثم أخذ في النزع والنزول
والنقلة حيث يحنث لأن هذه الأفعال أعني اللبس والركوب والسكنى لها
دوام يتجدد أمثالها بدليل صحة ضرب المدة بأن يقال لبست يوما وركبت
يوما وسكنت يوما فكان للدوام حكم الابتداء فيحنث الآن يعني الابتداء الحالف
فحينئذ لا يحنث باللبث **قوله** إن اليمين تعقد للبر لا يقال لا نسلم أن
انعقاد اليمين للبر لا يترك إن الحلف على مس السماء منعقد والبر لا يتصور
لأنا نقول اليمين ثمة منعقدة للبر أيضا للإمكان لكن للعجز الظاهر انتقل
الحكم إلى الخلف وهو الكفارة **قوله** فيستثنى منه زمان تحقيقه الضمير في منه
راجع إلى اليمين على تأويل الحلف وفي تحقيقه راجع إلى البر **قوله** يصدق في
لا يحنث وتنوير بيانه **قوله** ومن حلف لا يسكن هذه الدار فخرج هو ومتاعه
وأهله فيها ولم يرد الرجوع إليها حنث وهذه من مسائل الجامع الصغير والقدوري
قال الشيخ أبو نصر قال الشافعي لا يحنث وجعلها على ثلاثة أوجه أما إن كانت المسألة
في المصر والقرية أو الدار ففي الدار يحنث إذا لم ينقل أهله ومتاعه بدلالة العرف فإن الرجل
يكون عامة نهاره في السوق ويصح هذا يقال إنه يسكن في دار كذا في سكة كذا قال
في خلاصة الفتاوى والسكة والمحلة بمنزلة الدار أما إذا قال لا أسكن هذا المصر أو
هذا البلد فانتقل إلى مصر آخر بنفسه ولم ينقل الأهل والمتاع لا يحنث في يمينه لأنه لا
يعد ساكنا في المصر الذي انتقل عنه عرفا وإن لم ينقل الأهل والمتاع كذا نقل
الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير عن الأمالي عن أبي يوسف وأما في القرية
اختلف المشايخ فحملها بعضهم على المصر وهو الصحيح وهو اختيار الشيخ الإمام
الأجل برهان الدين والصدر الشهيد وحملها بعضهم على الدار قال الفقيه أبو الليث
في النوازل

ومن حلف لا يسكن هذه الدار

الأهل والمتاع

في النوازل وهذا إذا كان في اليمين بالعربية فأما إذا كانت بالفارسية فإنه لا يحنث
في الأحوال كلها إذا خرج على نية أن لا يعود وقال أيضا هذا إذا كان الحالف
كذخدايا وأما إذا حلف رجل هو ساكن في عيال غيره أو حلفت المرأة بأن
لا تسكن في هذه الدار وكان ابنا كبيرا ساكنا مع أبيه حلف أن لا يسكن في
هذه الدار فخرج بنفسه وترك ماله فإنه قال لا يحنث عندي لأن السكنى لا تنسب
إليه أما إذا كان الرجل قواما على امرأته وعلى عياله فالسكنى منسوب إليه فإذا
خرج وترك متاعه فيها فإنه يحنث إلا أن يأخذ في النقلة من ساعته ثم اختلفوا في
كيفية النقل قال أبو حنيفة يشترط نقل الكل حتى لو بقي وتد يحنث في يمينه لأن
السكنى كانت ثابتة بالكل فلا تنتقض ما بقي شيء للسكنى ونقل صاحب
الأجناس عن نوادر أبي يوسف رواية علي ابن الجعد وإن ترك فيها إبرة
أو مسلة حنث وقال أبو يوسف يشترط نقل الأكثر لأنه إذا انتقل الأكثر لا
يسمى ساكنا ولأن في نقل الكل تعذرا وقال محمد يشترط نقل ما يقوم به كدخدائيته
لأن غير ذلك لا يعد من السكنى قالوا في شروح الجامع الصغير وهذا أحسن
والفقيه أبو الليث أخذ في شرح الجامع الصغير بقول أبي حنيفة ولا خلاف في
أن الأهل تشترط نقل كلهم ثم إذا انتقل إلى منزل آخر بلا تأخير لا يحنث قال
العتابي في شرح الجامع الصغير فإن لم يكن انتقل من ساعته بأن كان ليلا لم
يحنث لأن قدر ما لم يمكن الامتناع عنه مستثنى عن اليمين وقال في خلاصة الفتاوى
لو تحقق العذر بالليل أو غيره فهو معذور ونقل في الأجناس عن الهاروني
إن أخذ في الأهبة للخروج فشغله عن النقلة تطلب الدابة أو من يحمل متاعه
لا يحنث وقال في الفتاوى الولوالجي ولو خرج في طلب منزل من ساعته وخلف
متاعه لم يحنث لأن الطلب من عمل النقل ولو أخذ في النقلة شيئا شيئا فإن
كانت النقلات لم تفتر لم يحنث لأنه في النقل فإن كان يمكنه أن يستأجر من
ينقل متاعه في يوم فليس عليه ذلك ولا يلزمه النقل بأسرع الوجوه بل بقدر

[illegible] ناقلا في العرف فإن انتقل إلى [illegible] أو المسجد [illegible]
[illegible] في [illegible] حنث [illegible]
[illegible] لانه لم [illegible]
[illegible] بالفرض [illegible] وظنا اخر بيتي وظنه الا [illegible]
[illegible] الفتاوى [illegible] لو حلف لا يسكن هذه الدار فوجد بابها
مغلقا بحيث لا يمكنه الفتح فلم يمكنه الخروج يحنث هذا جواب النوازل وقد قيل
لو قيد الحالف فلم يمكنه الخروج لا يحنث قولا واحدا عن ابي يوسف لو قال
الرجل لامرأته ان سكنت هذه الدار فانت طالق وباب الدار مغلق وللدار حائط
فهي معذورة حتى يفتح الباب وليس عليها ان يتسور الحائط قال الفقيه ابو
الليث وبه ناخذ قال الصدر الشهيد في الفتاوى فرق بين هذا وبين ما لو قال
ان لم اخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج فانه
يحنث وفي فتاوى قاضي خان ولو قال ان لم اخرج من هذه الدار اليوم فامرأته
طالق فقيد الحالف ومنع من الخروج ايا ما قال الشيخ ابو بكر محمد بن الفضل يحنث
الحالف وهو الصحيح بخلاف ما اذا حلف لا يسكن هذه الدار فقيد ومنع من الخروج
فانه لا يحنث والفرق ان في قوله ان لم اخرج شرط الحنث عدم الخروج
وقد تحقق واما في مسئلة السكنى فشرط الحنث السكنى وانه فعل والفاعل اذا كان
مكرها في الفعل لا يضاف الفعل اليه هذا كله من الخلاصة **قوله** ثم قال ابو حنيفة
عطف على قوله حنث بعد قوله ولم يرد الرجوع اليها والله اعلم

باب اليمين في الخروج والاتيان والركوب

ذكر باب الخروج بعد باب الدخول تحقيقا للمقابلة وذكر الاتيان والركوب
في هذا الباب لانهما يتواردان بعد الخروج فناسب ذكرهما عند ذكره **قوله**
قال ومن حلف لا يخرج من المسجد فامر انسانا فحمله فاخرجه حنث ولفظ محمد
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل حلف ان
لا تخرج

مطلب الاكراه في اليمين

لا تخرج من المسجد [illegible] فاحتمله [illegible] من المسجد حنث وان اخرج
مكرها لم يحنث [illegible] لان الحمل [illegible] والدار [illegible]
او نسب [illegible] الخروج الى المسجد [illegible] على الغالب [illegible] غالب
[illegible] ولا يخرج منه فانما حنث في [illegible] الامر [illegible]
فصار كانه فعل الامر حكما لامره ورضاه فصار كما اذا اخرج راكبا بخلاف ما اذا
اخرج مكرها حيث لا يحنث لانه اخرج ولم يخرج فلم يوجد شرط الحنث اما
اذا احتمل برضى به بقلبه ولم يامره بخوابه لم يذكره في الجامع الصغير قال في شرح
الطحاوي اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يحنث كما اذا خرج طائعا لانه لما
كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالامر بالاخراج وقال بعضهم لا يحنث لانه
لم يوجد فعل ينسب اليه ولهذا كان يقول الفقيه ابو جعفر وهكذا روي
عن ابي يوسف في الامالي وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
اشار في الاصل الى انه لا يحنث حتى يامر به لان حاجتنا الى اثبات الفعل
وبالرضا لا يثبت الفعل وانما ينتقل اليه بالامر والصورة المسئلة في الاكراه ان
يخرج محمولا اما اذا اخرج هو بنفسه خوفا من التهديد حنث لوجود الفعل
منه كما اذا حلف لا ياكل هذا الطعام فاكل مكرها حنث وان اوجر في حلقه
او صب مكرها وقد حلف ان لا يشربه لم يحنث ثم في صورة الحمل مكرها
لا يحنث بالاتفاق ولكن هل تنحل اليمين ام لا فقد اختلف المشايخ فيه قال
بعضهم ينحل وعليه السيد ابو شجاع فقال سئل شيخنا شمس الائمة الحلواني
عن هذا فقال تنحل اليمين وقال بعضهم لا ينحل وهو الصحيح كذا قال
التمرتاشي وغيره **قوله** في الصحيح اي في القول الصحيح احترازا عن قول بعض
المشايخ وقد مر ذكره **قوله** ولو حلف لا يخرج من داره الا الى جنازة فخرج اليها
ثم اتى حاجة اخرى لم يحنث وهذه من مسائل المعادة في الجامع الصغير وذلك
لانه وقت الخروج الى الجنازة لم يحنث لانه خروج مستثنى من اليمين فبعد

التمرتاشي

ذلك لم يوجد منه خروج آخر بالاتيان لحاجة أخرى لان الخروج انفصال
من الداخل الى الخارج والانفصال لا يتعدد فلا يحنث ما لم يوجد منه خروج آخر
لحاجة أخرى **قوله** لان الموجود أي الخروج الموجود بعد ذلك أي
بعد الخروج المستثنى **قوله** ولو حلف لا يخرج الى مكة فخرج يريدها
ثم رجع حنث ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في
الرجل يقول ان خرجت الى مكة فعبدي حر فخرج من مصره يريد مكة ثم رجع
قال حنث ولو قال ان اتيت مكة فعبدي حر فهذا لا يحنث الا ان يدخل
مكة وهي من الخواص فهنا ثلاث مسائل الخروج والاتيان والذهاب
اما في الخروج فانه يحنث بمجرد الانفصال من مصره على قصد مكة لان
الخروج عبارة عن الانفصال لا عن الوصول فاذا وجد الخروج فقد تحقق
شرط الحنث فيحنث الا ترى الى قوله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله
ورسوله ثم يدركه الموت وانما المراد منه الذي ادركه الموت قبل الوصول
واما في الاتيان فانه لا يحنث ما لم ينته الى مكة فان الاتيان عبارة عن الوصول
قال الله تعالى فأتياه فقولا واما الذهاب لم يذكر جوابه في الجامع الصغير
وقد اختلف المشايخ فيه وقال بعضهم انه بمنزلة الاتيان وهو قول نصير بن
يحيى وقال بعضهم بمنزلة الخروج وهو قول محمد بن سلمة وقد استعمل
الذهاب في الامرين جميعا قال تعالى اذهبا الى فرعون انه طغى فقولا له
وهو بمعنى الاتيان وقال تعالى فاذهبا بآياتنا انا معكم مستمعون وذلك
بمعنى الاتيان عليه فاذا احتمل الامرين وجب ان ينوي فيه فاذا لم ينو قال
فخر الاسلام البزدوي والاشبه عندنا ان يحمل على معنى الخروج قال تعالى
انما يريد الله ليذهب عنكم الرجس اهل البيت اي ليزيله فلما كان الاذهاب
الازالة كان الذهاب الزوال والانفصال والله التوفيق **قوله** وان حلف ليأتين
البصرة فلم يأتها حتى مات حنث في آخر جزء من اجزاء حياته وهذا لفظ القدوري
في مختصره واصل هذا ان الحالف في اليمين المطلقة لا يحنث ما دام الحالف
والمحلوف عليه قائمين لتصور البر فاذا فات احدهما فحينئذ يحنث لفوات
البر وهنا في مسئلتنا اليمين مطلقة عن الوقت فما دام الحالف حيا يرجى وجود
البر وهو الاتيان فلا يحنث فاذا مات فقد تحقق شرط الحنث وتحقق شرط
الحنث وهو ترك الاتيان فيحنث في آخر جزء من اجزاء حياته بخلاف اليمين المؤقتة
مثل ان يقول ان لم ادخل هذه الدار اليوم فعبدي حر فان اليمين تتعلق بآخر الوقت
حتى اذا مات الحالف قبل خروج الوقت ولم يدخل الدار لا يحنث ثم اذا فات
الوقت قبل دخوله وهو حي حنث ويعتق العبد **قوله** قبل ذلك أي قبل الموت
قوله ولو حلف ليأتينه غدا ان استطاع فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة
وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجل يقول امرأتي طالق ان لم آتك غدا ان استطعت قال هذا على مرض يمنعه
او سلطان وشبه ذلك فان نوى به استطاعة القضاء دين فيما بينه وبين الله تعالى الى قوله وزاد في بعض النسخ انه يدين في القضاء **اعلم** اولا ان
الاستطاعة على قسمين احدهما استطاعة الحال والمراد بها سلامة الآلات
وصحة الاسباب وحدها التهيؤ لتنفيذ الفعل عن ارادة المختار والثاني
استطاعة الفعل والمراد بها القدرة التي يحصل بها الفعل ولا تسبق الفعل
وهي عرض يخلقها الله تعالى مع الفعل معا معا وهي علة للفعل عندنا
زعمت المعتزلة انها سابقة على الفعل واليه ذهب اكثر الكرامية
ويعرف ذلك في الكلام والدليل على انقسامها الى قسمين قول الله تعالى
فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا والمراد منها سلامة الآلات وصحة الاسباب
لانه لا يتصور وجود القدرة التي بها يحصل صوم شهرين قبل الشروع فيه فعلم
ان المراد منها استطاعة الحال وكذا قول الله تعالى وسيحلفون بالله لو استطعنا
لخرجنا معكم يهلكون انفسهم والله يعلم انهم لكاذبون والمراد منها استطاعة

الحال لانه تعالى عَيّرَ اهل النفاق بعدم الاستطاعة على فعل الجهاد وكذبهم لانه
كان لهم سلامة الآلات وصحة الاسباب ولو كان المراد استطاعة الفعل
لم يكذبهم على نفيها لانها لا توجد قبل فعل الجهاد وكانوا صادقين وكذا قوله تعالى
ومن لم يستطع منكم طولا المراد منها استطاعة الآلات وكذا قوله تعالى ولله
على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا وقد فسّر رسول الله صلى الله
عليه الاستطاعة بالزاد والراحلة وهذه الايات دلت على وجود استطاعة
الحال واما استطاعة الفعل فدليل وجودها قوله تعالى ما كانوا يستطيعون
السمع وقول صاحب موسى عليهما السلام قال انك لن تستطيع معي صبرا
وقوله الم اقل لك انك لن تستطيع معي صبرا وذلك لان الانسان انما يذم
ويلام اذا امتنع منه الفعل مع وجود سلامة الآلات وصحة الاسباب لتضييعه
قدرة الفعل باشتغاله بغير ما امر به ولا يلام على عدم الآلات لانه فيه مجبور فلما
عرفت هذا قلنا اذا لم يكن له نية يراد بها استطاعة الحال وهي سلامة الآلات و
صحة الاسباب حتى اذا امتنع من الاتيان لغير مرض او منع سلطان ونحو ذلك
لا يحنث لانه ليس مستطيع واذا امتنع بلا عذر يحنث لانه مستطيع وهذا الذي الغالب
في كلام الناس هذه الاستطاعة لا استطاعة الفعل فحمل المطلق على المتعارف
اما اذا نوى استطاعة الفعل يصدق ديانة لانها مما يطلق عليه اسم الاستطاعة
بالنصوص حتى اذا امتنع من الاتيان بعذر او بغير عذر لا يحنث في يمينه لان
الاستطاعة لم توجد لانها لا تسبق الفعل فهل يصدق قضاء فيه اختلاف
الرواية قال الشيخ ابو نصر الطحاوي يصدق في القضاء وقال الشيخ ابو بكر
الرازي تجب ان لا يصدق في القضاء لانه صرف الكلام عن ظاهره وفيه تخفيف له
وجه الاول انه نوى حقيقة ما تكلم به فيصدق وان كان فيه تخفيف وقوله
من السماء قال فخر الاسلام انما يراد به علو شانه لا الاشارة الى المكان قوله
القدوري رحمه الله فهذا على استطاعة الصحة دون القدرة وقد اراد بالاول

استطاعة

استطاعة الحال فيها لان استطاعة الفعل لنسانه نظر لان المفهوم من قوله
دون القدرة دون استطاعة القدرة فكانه قال دون حقيقة القدرة لان استطاعة
الصحة من الالفاظ المترادفة وهي حقيقة القدرة فلو قال دون الفعل كان حرف
القدرة كان اولى فلعله سهو من الكاتب حيث صحف القدرة بالفعل ولكن القدرة
مكانه وهذا لان استطاعة الفعل يسمى استطاعة القضاء والقدر لان الله تعالى
اذا اقتضى وجود الفعل من العبد تخلق فيه قدرة مقارنة مع الفعل فسميت استطاعة
القضاء والقدر **قوله** يعني الاطلاق ينصرف الى المعنى عند اطلاق الاستطاعة
ينصرف اسم الاستطاعة الى المتعارف وهو استطاعة الآلات **قوله** ويصح نيته
الاول اراد به استطاعة الفعل **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه حقيقة كلامه
قوله ومن حلف لا تخرج امرأته الا باذنه فاذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة
اخرى بغير اذنه حنث ولا بد من الاذن في كل خروج وهذا لفظ القدوري
في مختصره وقال الشافعي لا تحنث قال الحاكم الشهيد واذا حلف على امرأته بالطلاق
ان لا تخرج من الدار حتى ياذن لها او الا ان ياذن لها فخرجت مرة باذنه ومرة
بغير اذنه لم تحنث وان قال الا باذني حنث وان كان نوى اذنا مرة لم تحنث هذا
لفظه رحمه الله اعلم ان هنا ثلاثة الفاظ احدها ان يذكر حرف الباء مثل ان
يقول الا باذني او برضاي او بعلمي او بامري او بغير اذني او بغير رضاي والثاني
ان يذكر بكلمة حتى بان يقول حتى اذن لك او حتى ارضى والثالث ان يقول
بكلمة الا مثل قوله الا ان اذن لك او الا ان ارضى ففي الاول وهو قوله ان
خرجت الا باذني فانت طالق يشترط الاذن في كل مرة حتى اذا خرجت مرة بالاذن
ثم خرجت بعد ذلك بغير الاذن يقع عليها الطلاق وذلك لان الباء للالصاق
فيقتضي ملصقا وملصقا به فيكون تقدير قوله الا باذني الا خروجا ملصقا باذني
فيكون الخروج الملصق بالاذن مستثنى عن اليمين فلا يكون داخلا تحت اليمين فاذا وجد
الخروج الماذون لا تحنث اما اذا خرجت بعد ذلك بغير اذن تحنث لانه ليس

مستثنى واليمين باقية لانه نهاها عن الخروج بيانه الموضوع النكرة في موضع
النفي ثم لو اراد الزوج ان لا تحنث بخروجها مرة فالحيلة فيه ان يقول
كلما شئت الخروج فقد اذنت لك او كلما خرجت فقد اذنت لك ثم نهاها بعد
الاذن العام يعمل نهيه عند محمد رحمه الله ويبطل اذنه حتى لو خرجت بغير
اذنه يحنث لان الاذن مرة يرتفع بالنهي فكذا الاذن في كل مرة يرتفع بالنهي
وعند ابي يوسف لا يعمل نهيه لان بعد الاذن العام لا يتصور الحنث
فلا يبقى اليمين فلا يفيد النهي وفي الثاني وهو قوله حتى اذن لك يرتفع اليمين
بالاذن مرة حتى اذا اذن لها بالخروج فخرجت ثم نهاها فخرجت بعد ذلك
الاذن لا تحنث وذلك لان كلمة حتى للغاية كقوله تعالى حتى مطلع الفجر
يعني الى فيكون تقدير كلامه حتى ان اذن لك باضمار ان اي الى ان اذن
يعني الى اذني فاذا كان كذلك كان اذن الزوج غاية لحظر الزوج عن الخروج و
المضروب له الغاية ينتهي عند وجود الغاية وههنا الغاية الاذن فينتهي اليمين
فلا يبقى الخروج بعد ذلك محظورا وفي الثالث وهو قوله الا ان اذن لك
يسقط اليمين بالاذن مرة كما في حتى اذن لك قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع
الكبير قال الفراء الجواب فيه كالجواب في قوله الا باذني وجه قوله ان الا كلمة
استثناء فلا بد من المستثنى والمستثنى منه وان مع المضارع في تاويل المصدر فيكون
تقدير الكلام ان خرجت خروجا الا خروجا اذني وذلك ليس بمستقيم فلا بد
من ادراج الباء ليصح الكلام واسقاط الباء مع ثبوتها في التقدير جائز كما روي
عن رؤبة انه قيل له كيف اصبحت فقال خير اي بخير ويقال الله في القسم ويراد
بالله الا ترى الى قوله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا ان يؤذن لكم اي بالاذن
لكم ولهذا كانت تحتاج ثمة الى الاذن في كل مرة فكذا فيما نحن فيه ولنا ان هذا
الكلام لما لم يكن صحيحا بنفسه احتيج الى تصحيحه بجعل الا بمعنى حتى والى فكانه حتى
اذني اي الى اذني فيصير الاذن غاية ترتفع بها اليمين وهذا لان كلمة الا للاستثناء والمستثنى
منه

منه ينتهي عند كلمة الاستثناء وعند المستثنى يحصل الانتهاء في الغاية فاقيمت
مقام كلمة الغاية لتصحيح الكلام كقوله تعالى لا يزال بنيانهم الذي بنوا ريبة
في قلوبهم الا ان تقطع قلوبهم اي الى ان تقطع قلوبهم اي الى حين تقطع قلوبهم في
حالة الموت وهذا اولى مما قاله الفراء لانا نجعل الكلمة مقام غيرها مجازا
بمناسبة بينهما وهو تغيير والتغيير تصرف في الوصف والفراء يصحح الكلام بطريق
الاضمار والاضمار اثبات في اصل الكلام والتصرف في الوصف بالتغيير اهون من اثبات
الاصل وفي قوله الا ان يؤذن لكم وانما اشترط الاذن في كل مرة لا بقضية اللفظ
بل لمعنى اخر وهو ان دخول بيت الغير بلا اذن حرام الا ترى الى قوله تعالى في اخر الاية
ان ذلكم كان يؤذي النبي ومعنى الايذاء موجود في كل ساعة فشرط الاذن في
كل مرة قال الحاكم في مختصر الكافي وان حلف لا تخرج الا باذنه فاذن لها من حيث لم
تسمع لم يكن اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف هو اذن لانه لا فصل
بين اذن مسموع وغير مسموع ولهما ان الاذن انما سمي اذنا لكونه معلما او لوقوعه
في الاذن فلم يوجد قوله وما وراءه اي وما وراء خروج مقرون بالاذن في الحظر اي
في المنع قوله ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف
الظاهر وهذا الذي ذكره صاحب الهداية انه لا يصدق قضاء على رواية هشام
عن ابي يوسف كذا ذكر صاحب الاجناس واما الظاهر انه يصدق في القضاء انه نوى
مرة واحدة كذا نقل صاحب الاجناس عن ايمان الاصل ولهذا اطلق الحاكم في رواية
الرواية حيث قال وان نوى اذنا مرة لم تحنث وكذا قال صاحب الشامل
في قسم المبسوط ولو نوى في قوله الا باذني الاذن مرة يصدق لانه يحتمل
ذلك اذ ليس في اللفظ ما يقتضي التكرار قوله لا نهيه اي الا قوله به اي
بالاذن مرة قوله ولو ارادت المراة الخروج فقال ان خرجت فانت
طالق فجلست ثم خرجت لم تحنث وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في المراة تذهب لتخرج فيقول لها

زوجها ان خرجت فانت طالق ثلاثا فجلست ثم خرجت بعد ساعة
لا تطلق وكذلك الرجل يريد ان يضرب عبده فيقول له رجل ان
ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه لم يحنث وكذلك الرجل يقول للاخر اجلس
فتغد فيقول ان تغديت فعبدي حر ثم اتى اهله في ذلك اليوم فتغدى
عندهم لم يحنث لان اليمين في ذلك على الفور اعلم بان اليمين في المستانف
على ثلاثة اوجه يمين مؤبدة وهي ان تحلف على ان لا يفعل كذا ولم يكن لليمين
تأبيد ويمين موقتة وهي ان يحلف على ان لا يفعل كذا اليوم او هذا الشهر او هذه السنة
ويمين الفور اي الحال وهي كل يمين خرجت جوابا لكلام او بناء على امر فيتقيد
بذلك بدلالة الحال ولا تحنث في يمينه استحسانا خلافا لزفر وخلاف زفر
مذكور في التحفة اما في مسئلة الغداء فانما لم يحنث لان كلامه خرج جوابا و
الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال فصار كانه قال ان تغديت الغداء الذي
دعوتني اليه فانصرف يمينه الى ذلك الغداء بدلالة الحال واما في مسئلة الخروج
والضرب فكذلك لان قصد الزوج ان يمنعها من الخروج الذي تهيأت هي له فصار
كانه قال لها ان خرجت هذه الخرجة فتقيدت اليمين بتلك الخرجة وكذا قصد
الرجل ان يمنع المولى العبد عن الضرب الذي تهيأ له فكانه قال ان ضربت
هذه الضربة التي تهيأت لها فتقيدت اليمين بتلك الضربة بدلالة الحال
عرفا ومبنى الايمان على العرف ويقال يمين الفور ابو حنيفة اظهرها لم
يسبقه احد قبله وكانوا يعرفون اليمين المؤبدة فاستخرج هو هذه
اليمين وهي مؤبدة لفظا موقتة معنى والفور مصدر فارت القدر اذا
غلت فاستعير للسرعة ثم سميت الحالة التي لا لبث فيها به فقيل جاء
فلان فخرج من فوره اي من ساعته ثم تفسير الغداء سيجيء بيانه ان شاء الله تع
في باب اليمين في الاكل والشرب عند قوله واذا حلف لا يتغدى **قوله** عليه اي
على العرف **قوله** خلافا لما اذا قال ان تغديت اليوم لانه زاد على حرف

الجواب

الجواب فيجعل مبتدئا [illegible] فاذا قال ان تغديت اليوم لا ينصرف كلامه الى
الغداء المدعو اليه [illegible] بل لا يجعل في كلامه بانيا على
سؤال الرجل بل يجعل مبتدئا في الكلام تحرزا عن الغاء الزيادة التي تكلم بها
قال صاحب التقويم متى جعلناها جوابا لغت الزيادة ومتى جعلناها ابتداء
تصير معمولا بها وصار الغاء الحال اولى من الغاء الكلمة في نفسها لان المثبت
ساكت عن ايجاب القصر عليه والزيادة ناطقة بالعمل بها بلا تخصيص [illegible]
بحرف الجواب وجهه **قوله** ومن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة
عبد مأذون له مديون او غير مديون لم يحنث عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في من حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة لعبده قال لا يحنث
ان كان عليه دين او لم يكن وقال محمد يحنث في الوجهين قال فخر الاسلام
البزدوي ولم يشبع محمد هذه المسئلة ولم يشرحها ثم قال اما عند ابي حنيفة فان
كان عليه دين مستغرق لم يحنث وان نواه لانه لا حق لفلان فيه وان لم يكن عليه
دين او لم يكن مستغرقا لم يحنث حتى ينويه فان نواه حنث وقال ابو يوسف
في الاحوال كلها لا يحنث حتى ينوي فان نواه حنث بكل حال وقال محمد يحنث
بكل حال وان لم ينوه هذا لفظه رحمه الله وجه قول محمد ان العبد لا يملك له
فيكون كسبه ملكا لمولاه فيحنث الا ترى الى قوله تعالى ضرب الله مثلا
عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقول الشافعي كقول محمد كذا في خلافه كذلك
شرح الاقطع ووجه قول ابي يوسف ان كسب العبد وان كان للمولى
حقيقة لكنه يضاف الى العبد عرفا بدليل قوله عليه السلام من باع عبدا وله مال
فهو للبائع فلا يتناوله مطلق اليمين لان دابة عبد فلان ليست بدابة فلان
مطلقا بخلاف ما اذا نوى لان دابة العبد دابة مولاه حقيقة فيصح
ارادة الحقيقة فيحنث ولابي حنيفة رضي الله عنه ما قال ابو يوسف

رحمه الله ان دابة العبد ليست بدابة مولاه مطلقًا فلا يحنث بلا نية
الا انه اذا كان على العبد دين مستغرق لا يحنث وان نواه لان دين العبد الماذون
اذا كان مستغرقًا يمنع ملك المولى فيشترط فراغه عن الدين وان ركب دابة
مكاتب لم يحنث بالاتفاق نص عليه الحاكم **قوله** الا انه اذا كان عليه دين
مستغرق لا يحنث وان نوى وهذا استثناء من مقدر ملفوظ لانه قال لم يحنث
وقد رفيه قوله اذا لم ينو يعني لا يحنث بركوب دابة العبد الماذون سواء كان عليه
دين او لم يكن اذا لم ينو وان نوى حنث الا انه اذا كان عليه دين مستغرق
لا يحنث وان نوى ركوب دابة العبد لانه لا ملك للمولى فيه عنده اي في العبد
الذي استغرق دينه كسبه عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقوله مستغرق
بكسر الراء **قوله** ومن باع عبدًا وله مال الحديث تمامه فهو للبايع كذا ذكر فخر
الاسلام في شرح الجامع الصغير **قوله** وقال ابو يوسف في الوجوه كلها اي فيما
اذا لم يكن عليه دين او كان عليه دين مستغرق او غير مستغرق **قوله**
وقال محمد يحنث اي في الوجوه كلها سواء كان عليه دين او لا وسواء كان الدين
مستغرقًا او لم يكن وسواء نوى او لم ينو **قوله** عندهما اي عند ابي يوسف ومحمد
هنا مسايل في مختصر الكافي نذكرها تتميمًا للفايدة قال واذا حلف الرجل لا يركب دابة
فركب حمارًا او فرسًا او برذونًا او بغلًا حنث وكذا اذا ركب غيرها من الدواب في
القياس ولكني ادع القياس ولا احنثه في غيرها ولو ركب بعيرًا لم يحنث الا ان ينويه
وان عني بذلك الخيل وحده لم يدين في الحكم وان قال لا اركب ولم يقل دابة ونوى الخيل
وحدها لم يدين في شيء واسم الفرس على جنسه واسم البرذون على جنسه واسم
الخيل جامع قال في الشامل الفرس اسم للعربي والبرذون للعجمي فاما الخيل فاسم للكل
وقال الحاكم ايضا في الكافي فان حلف لا يركب دابة فحمل عليها مكرهًا لم
يحنث وان حلف لا يركب مركبا ولا نية له فركب سفينة او محملًا او دابة
حنث وليس من هذا شيء الا وهو مركب وهذا اخر الدفتر الخامس من شرحنا
المسمى

الجزء الرابع من شرح الهداية

الامام الاتقاني

باب اليمين في الاكل والشرب ١	باب اليمين في الكلام ١١	فصل ومن حلف لا يكلمه حينًا او الحين	باب اليمين في العتق والطلاق	باب اليمين في البيع والشرى وغيرها ٣١	باب اليمين في الحج والصلاة والصوم	باب اليمين في لبس الثياب والحلى ٣٦
باب اليمين في الضرب والقتل ٢٨	باب اليمين في تقاضي الدراهم ٢٥	مسائل متفرقة ٣٣	كتاب الحدود ٣٣	فصل في كيفية الحد واقامته ٣٦	باب الوطي الذي يوجب الحد وما لا يوجب ٤٦	باب الشهادة على الزنى والرجوع عنها ٥٨
باب حد الشرب ٦٩	باب حد القذف ٧٤	فصل في التعزير ٨٥	كتاب السرقة ٨٨	باب ما يقطع وما لا يقطع ٩٣	فصل في الحرز والاخذ منه ٩٩	فصل في كيفية القطع واثباته ١٠٧
باب ما يحدث السارق في السرقة ١١٨	باب قطع الطريق ١٢٠	كتاب السير ١٢٤	باب كيفية القتال ١٢٧	باب الموادعة ومن يجوز امانه ١٣٢	فصل واذا آمن رجل حر او امرأة كافرا او جماعة ١٣٥	باب الغنائم وقسمتها ١٣٧
فصل في كيفية القسمة ١٤٧	فصل في التنفيل ١٥٦	باب استيلاء الكفار ١٥٨	باب المستأمن ١٦٤	فصل واذا دخل الحربي الينا مستأمنا ١٦٦	باب العشر والخراج ١٧٢	باب الجزية ١٧٨
فصل في عدم جواز احداث بيعة ١٨٦	فصل ونصارى بني تغلب ١٩٠	باب احكام المرتدين ١٩٢	باب البغاة ٢٠٨	كتاب اللقيط ٢١٥	كتاب اللقطة ٢١٦	كتاب الآبق ٢٢٥
كتاب المفقود ٢٢٤	كتاب الشركة ٢٣٥	فصل ولا ينعقد الشركة الا بالدراهم ٢٤٣	فصل في الشركة الفاسدة ٢٥٢	فصل ليس ان يؤدي زكوة الا باذنه ٢٥٣	لاحد الشريكين مال الاخر	
		كتاب الوقف ٢٥٦	فصل واذا بنى مسجدا ٢٦٥			

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر

باب اليمين في الاكل والشرب

قد ذكرنا ان الانسان يحتاج اولا الى موضع يسكن ويستقر فيه
ثم يتوارد سائر الحوائج واول ذلك في حالة البقاء الاكل والشرب
فشرع في بيانهما **قوله** قال ومن حلف لا ياكل من هذه النخلة فهو
على ثمرها اي قال القدوري في مختصره **اعلم** ان الاكل ايصال ما يتاتى
فيه المضغ والهشم الى الجوف سواء مضغ اولا والشرب ايصال
ما لا يتاتى فيه المضغ والهشم الى الجوف كالماء والنبيذ واللبن والعسل
الممزوج والذوق معرفة طعم الشي بالفم سواء وجد الابتلاع اولا
فكل اكل ذوق وليس كل ذوق اكلا **اعلم** اعلم انه اذا اكل عين
النخلة لا تحنث وان نواها كذا في الفتاوى الولوالجي وانما وقعت اليمين
على ثمر النخلة دون عينها لان الحقيقة مهجورة بدلالة محل الكلام
فاريد المجاز بطريق اطلاق اسم السبب على المسبب صونا لكلام العاقل
عن الالغا فيحنث باكل الطلع والجمار والدبس الذي يسيل من الثمر ولم يحنث
بالخل والدبس المطبوخ والنبيذ والناطف الذي يتخذ من ثمرها وذلك
لان كلمة من للابتدا فكل ما يخرج من النخلة على وجه الابتدا دخل في اليمين
وما خرج من الابتدا لحدوث صنعة حدثت لا يدخل وليس هذا كما اذا
حلف لا ياكل من هذا العنب فاكل من زبيبه او عصيره لا يحنث لانه
لان حقيقة العنب ليست مهجورة فلا يراد المجاز وهو ما تولد من
العنب قيل اذا كانت النخلة بحيث لا يكون منها ثمر اصلا يقع اليمين على
ثمنها كذا نقل عن الامام حميد الدين الضرير وكذا اذا حلف ان لا ياكل من
هذا الكرم فهو على ما يخرج منه وهو حصرمه وعنبه وزبيبه ودبسه
اي عصيره ولو اكل من خل من ذلك يذكره محمد في الجامع الكبير قال

العتابي

العتابي في شرح الجامع الكبير ينبغي ان لا يحنث لانه لا يخرج من
النخل والكرم كذلك ذكر الفقيه ابو الليث انه يحنث قال في المجمل
الدبس عصارة الرطب **قوله** فهو على ثمرها بالنقط الثلاث من فوق لا
بنقطتين فافهم **قوله** لانه اضاف اليمين الى ما لا يوكل فينصرف الى ما يخرج
منه لانه سبب له فيصلح مجازا عنه الضمير في عنه راجع الى ما في
ما لا يوكل وعبارة عن النخل وفي له راجع الى ما في ما يخرج وكذلك الضمير
في عنه راجع الى ما في ما يخرج يعني ان النخلة لما كانت سببا لما يخرج
منها صلح اطلاقها على ما يخرج منها مجازا بطريق اطلاقها اسم السبب على
المسبب **قوله** وان حلف لا ياكل من هذا البسر فصار رطبا فاكله
لم يحنث وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان اليمين اذا تعلقت باسم يبقى
ببقاء ذلك الاسم ويزول بزواله قال في الجامع الكبير لو حلف
لا ياكل من هذا العنب او من هذا الرطب او من هذه الشاة او من هذه البقرة
فاكل من عصير العنب وزبيبه او من تمر الرطب او دبسه لا او من
لبن الشاة والبقرة او من سمنها لم يحنث وكذا لو حلف لا ياكل من هذا
اللبن فاكل من شيرازه او زبده لان ما عقد عليه اليمين عين يوكل فلم ينصرف
الا ما يتخذ منه حقيقة ان العنب والرطب اسم للعين المشتمل على ما في العين من
الماء واللحم والقشر فالجفاف ينال الماء فيكون اكلا بعض الشي فلا يحنث كما
اذا حلف لا ياكل هذا الرغيف فاكل بعضه لا يحنث وكلمة من وان كانت
يقتضي التبعيض الا انها يقتضي اكل العنب المشار اليه الذي يسمى عينا لا اكل الاجزاء
التي لا يسمى عينا ولذلك الرطب المشار اليه بعد ما صار تمرا وهذا خلاف
ما اذا قال لا اكلم هذا الشاب حيث يحنث اذا كلمه بعد ان شاخ لان
الشاب هو الوصف لا الشخص فيبقى كل الحالوف عليه وفرق اخر وهو ان
الانسان قد يمتنع عن اكل العنب والرطب لرطوبة فيهما تضره باكلها فينفصل

بالمنع فتعلقت اليمين بهما بخلاف الصبي والسات فانهما لا يقصدان بالمنع لان هجرانهما مهجور شرعا فكان الداعي هو المقصود بالحلف دون الصفة بخلاف مسئلة الوصية في الزيادات فانه اذا اوصى بهذا الرطب فصار تمرا ثم مات لم يبطل الوصية لان بعض الموصى به فات وفوات بعض الموصى به لا يوجب بطلان الوصية في البقية وفيما نحن فيه يتناول بعض المحلوف عليه فلا يحنث ولا يشكل على هذا مسئلة الزيادات ايضا فانه اذا اوصى بعنب ثم صار زبيبا ثم مات الموصي بطلت الوصية والفرق ان التمر والرطب صنف واحد لقلة التفاوت بينهما بخلاف العنب والزبيب لانه تبدل وهلاك الا ترى ان من غصب عنبا فجعله زبيبا انقطع حق المالك لوجود التبدل معنا فالاصح الغاصب وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا حلف لا ياكل من هذا الرطب او من هذا العنب فاكله بعد ان صار تمرا او زبيبا لا يحنث في يمينه وفي قول ابن ابي ليلى يحنث لانه اشار اليه فلا عبرة لتغيره ووجه قولنا مر والشيرز هو اللبن الرايب اي الخاثر اذا استخرج ماؤه **قوله** ولو حلف لا ياكل لحم هذا الحمل فاكله بعد ما صار كبشا حنث وهذه مسئلة الاصل ذكرها بسبيل التفريع ايضا والفرق بينها وبين مسئلة البسر والرطب فانه اذا حلف لا ياكل من هذا البسر فاكله بعد ما صار رطبا لا يحنث وكذا اذا حلف لا ياكل من هذا الرطب فاكله بعد ان صار تمرا لا يحنث لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين فتقيدت اليمين بهما بخلاف لحم الحمل فان الممتنع منه اشد امتناعا من لحم الكبش فلم يتقيد اليمين بلحم الحمل **قوله** ومن حلف لا ياكل بسرا فاكل رطبا لم يحنث وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الرطب ليس ببسر فلم ياكل ما انعقد عليه اليمين **قوله** ومن حلف لا ياكل رطبا او بسرا او حلف لا ياكل رطبا ولا بسرا فاكل مذنبا حنث عند ابي حنيفة وقالا لا يحنث في الرطب يعني بالبسر المذنب ولا في البسر بالرطب المذنب ومعنى قوله رطبا او بسرا اي قال احدهما حال الحلف ومعنى قوله لا ياكل رطبا ولا بسرا اي قال كليهما [illegible] اذ هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير المعادة و

وهنا

وهنا اربع مسائل في اثنين منها اتفاق وفي الاخريين اختلاف ذكره في كتاب الايمان ولم يذكره في الجامع الصغير بيانه اذا حلف وقال لا اكل بسرا فاكل بسرا مذنبا يحنث في قولهم جميعا ولو قال لا اكل رطبا فاكل رطبا فيه شيء من البسر يحنث في قولهم جميعا ايضا اما اذا حلف لا ياكل رطبا فاكل بسرا مذنبا او قال لا اكل بسرا فاكل رطبا فيه شيء من البسر فان في قول ابي حنيفة ومحمد يحنث وفي قول ابي يوسف لا يحنث هكذا نص على الخلاف الحاكم الشهيد في الكافي وكذلك ذكر شمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط قول محمد مع ابي حنيفة وكذا ذكر الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام في شرح الجامع الصغير والاسبيجابي في شرح الطحاوي وصاحب المختلف وصاحب المنظومة والشيخ ابو نصر البغدادي الا ان صدر الشهيد والعتابي ذكرا قول محمد مع ابي يوسف وصاحب الهداية تبعهما والاصح هو الاول **وجه** قول ابي يوسف ان البسر المذنب لا يسمى رطبا لان الرطب فيه مغلوب فلا يحنث بالبسر المذنب اذا حلف ان لا ياكل رطبا وكذا الرطب الذي فيه شيء من البسر لا يسمى بسرا لان البسر فيه مغلوب فلا يحنث باكل الرطب الذي فيه شيء من البسر اذا حلف ان لا ياكل بسرا الا ترى انه لا يحنث بالشراء هكذا **ووجه** قولهما ان البسر المذنب ما فيه شيء قليل الرطب فيكون اكله اكل الرطب لانه جمع بين المحلوف عليه وغيره والمحلوف عليه ليس بمستهلك بغيره فيكون حانثا ولهذا اذا ميز يستحق اسم الرطب لا محالة لان الناظر يقول هذا رطب وكذا الرطب المذنب ما يكون فيه شيء قليل البسر فيكون اكله اكل البسر لانه جمع بينهما فصار كما اذا ميز بينهما تحقيقه ان الاكل يصادف جزءا مقصودا لانه عبارة عن المضغ والابتلاع فلا يتبع القليل الكثير لان كل واحد منهما مقصود بخلاف الشراء فانه لا يحنث بالمذنب لان الشراء يصادف المجموع جملة فصار القليل تابعا للكثير ولهذا اذا حلف لا يشتري رطبا فاشترى كباسة بسر فيها رطب لا يحنث لما

قلنا الا ترى الى ما نص الحاكم الشهيد في الكافي اذا حلف لا ياكل شعيرا فاكل
حنطة فيها شعير حبة حبة حنث وان حلف على الشراء لم يحنث والكباسة
بكسر الكاف العذق وهو القنو والقنا ايضا ويقال العود العذق وعود الكباسة
العرجون والاهان كذا ذكر ابو عبيد في غريب المصنف **قوله** لما قلنا
اشارة الى ان الشراء يصادف الجملة والاكل يصادف شيئا شيئا **قوله** ولو
حلف لا ياكل لحما فاكل لحم السمك لا يحنث والقياس ان يحنث وهذه من مسايل
الجامع الصغير المعادة التي فيها فايدة وهي ذكر القياس ووجه القياس قوله
تعالى ومن كل تاكلون لحما طريا والمراد منه لحم السمك بالنقل قال في شرح الطحاوي
وروي عن ابي يوسف انه قال يحنث **ووجه** الاستحسان ان
المطلق يجري على اطلاقه ولحم السمك مقيد فلا يكون مرادا بالمطلق الا ترى
انه يقال في العرف ما اكلت اللحم اليوم وان كان اكل لحم السمك ولهذا اذا امر المولى
عبده بشراء اللحم لا يفهم منه شراء لحم السمك عرفا ومبنى الايمان على العرف
لا على لفظ القران ولهذا اذا حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث وان سمي في القران
دابة ولو حلف لا يجلس على وتد فجلس على الجبل لا يحنث وان قال الله تعالى والجبال
اوتادا ولان لحم السمك قاصر في اللحمية لان اللحم يدل على القوة في اللغة و
قوته بان يكون ناشيا من الدم ولا دم للسمك ولهذا حل من غير ذكوة فلا يكون
مرادا باطلاق لفظ اللحم كالمكاتب لا يتناوله لفظ المملوك والنباش لا يتناوله
لفظ السارق وهذا ظاهر اذا لم يكن له نية واما اذا نوى قال الحاكم الشهيد في الكافي وان حلف
لا ياكل لحما ولا نية له فاكل سمكا طريا او مالحا لم يحنث الا ان يعنيه وقال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر ان رجلا سال سفيان الثوري عن هذه
المسلة فقال له سفيان يحنث لانه لان الله تعالى قال لتاكلوا منه لحما طريا فسماه
لحما فذهب الرجل الى ابي حنيفة فقال لا يحنث فاخبره الرجل بما قال سفيان فقال
له ابو حنيفة اذهب اليه واسأله عمن حلف ان لا يجلس على البساط فجلس على الارض مشكل
فذهب

فذهب الرجل فساله عن ذلك فقال له سفيان لا يحنث فقال له اليس الله
قال والله جعل لكم الارض بساطا فقال له سفيان كانك السايل الذي سالتني
امس قال نعم فقال سفيان لا يحنث في هذا ولا في الاول فرجع عن ذلك القول
قوله وان اكل لحم خنزير او لحم انسان يحنث لانه لحم حقيقة الا انه حرام والحرام
لا يمنع انعقاد اليمين الا ترى انه لو حلف لا يشرب شرابا فشرب الخمر يحنث
فان قلت قد قلت قبل هذا ان مبنى الايمان على العرف ولا يسبق اوهام الناس
من لفظ اللحم الى لحم الخنزير والانسان فينبغي ان لا يحنث قلت ان الناظر
الى لحم الخنزير والانسان يسميه لحما على الاطلاق بخلاف لحم السمك فانه لا يسمى
لحما على الاطلاق فظهر الفرق على انا نقول قال الامام العتابي في
شرح الجامع الصغير في لحم الخنزير والادمي قيل الحالف اذا كان مسلما ينبغي
ان لا يحنث لان اكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف ثم قال وهو
الصحيح **قوله** وكذا اذا اكل كبدا او كرشا يعني اذا حلف لا ياكل لحما فاكل كبدا
او كرشا يحنث وذلك لانه لحم حقيقة لان منشاه من الدم قال في خلاصة
الفتاوى ولو اكل شيا من البطون كالكبد والطحال يحنث هذا في عرف
اهل الكوفة وفي عرفنا لا يحنث **قوله** ولو حلف لا ياكل او لا يشتري شحما
لم يحنث الا في شحم البطن عند ابي حنيفة وقالا يحنث في شحم الظهر ايضا وهو
اللحم السمين وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة **وجه** قولهما ان
شحم الظهر شحم عادة وحقيقة فيحنث باكله اما عادة فلانه يذوب بالنار كشحم البطن
فعلم انه ليس بلحم لان اللحم لا يذوب وما وقع في خاطري في هذا المقام ان
شحم الظهر لا يخلو اما ان يكون الية او لحما او شحما فليس بالية لانه لا قايل به
وليس بلحم لانه يذوب دون اللحم وايضا يقال له شحم الظهر لا لحم الظهر فتعين
انه شحم فيحنث باكله واما حقيقة فلان الله تعالى سماه شحما قال الله تعالى ومن البقر
والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما **وجه** الاستدلال

انه يقال استثنى ما حملت الظهور من الشحوم فيكون شحم الظهور شحما لان الاصل في الاستثناء هو المتصل وهو ان يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فمن ادعى المنقطع فعليه البيان **وجه** قول ابي حنيفة ان شحم الظهر يسمى لحما في العادة ويستعمل استعماله حتى يباع مع اللحم ومرقته يسمى مرقة اللحم فلم يكن شحما مطلقا فلا يحنث باكله كما اذا حلف لاياكل لحما فاكل لحم السمك ولهذا اذا حلف لاياكل لحما فاكل السمين الذي على الظهر يحنث والمسئلة منصوصة في الكافي للحاكم فلا يعتبر شحما مع اعتباره لحما فعلى هذا يكون الاستثناء منقطعا لامتصلا كقوله تعالى فانهم عدو لي الا رب العالمين قال صاحب المختلف تكلموا في تفسير شحم الظهر قال بعضهم هو اللحم السمين الذي على الظهر وقال بعضهم هو شحم الكلية الذي هو متصل بالظهر ثم قال وقول ابي حنيفة على التفسير الاول الظهر **قوله** وحصل به قوته اي يحصل بشحم الظهر قوة اللحم يعني يفيد شحم الظهر ما يفيده اللحم من القوة **قوله** ولو حلف لايشتري او لاياكل لحما او شحما فاشترى الية او اكلها لم يحنث يعني حلف لايشتري لحما وحلف ولايشتري شحما او حلف لاياكل لحما وحلف لاياكل شحما لا يحنث بشراء الالية واكلها لانها نوع ثالث غير اللحم والشحم اسما وعادة **قوله** ومن حلف لاياكل هذه الحنطة لم يحنث حتى يقضمها ولو اكلها من خبزها لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة وقالا ان اكل من خبزها حنث ايضا وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة التي فيها فائدة وهي قوله ايضا لانه لم يذكره في الاصل وفيه اشارة الى انه اذا قضمها حنث بالاتفاق وكذا قال في شرح الطحاوي وهذا اذا لم ينو الحنث بعينه فاذا نواه لا يحنث باكل الخبز عندهما ايضا وعليه نص الحاكم الشهيد في الكافي وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرح كتاب الايمان انما وضع المسئلة في الحنطة المعينة لانه اذا عقد يمينه على حنطة لابعينها ينبغي ان يكون الجواب على قول ابي حنيفة كالجواب عندهما فاما اذا نوى الحب بعينه لا يحنث باكل الخبز بالاتفاق لانه نوى حقيقة كلامه فلا يراد المجاز والاصل في المسئلة ان الكلام اذا كان له حقيقة مستعملة ومجاز متعارف

متعارف فعند ابي حنيفة العمل بالحقيقة المستعملة اولى وعندهما العمل بعموم المجاز اولى وقد بيناه في كتابنا الموسوم بالسنين لهما ان اطلاق الحنطة يراد به في العرف اكل ما تحويه الحنطة وما يتخذ منها فيحنث كيفما اكلها عينها او خبزها علا بعموم المجاز كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث اذا دخلها حافيا او راكبا ولابي حنيفة ان اكل الحنطة عينها غالبا وقليا مستعمل فهو حقيقة الكلام والحقيقة احق بان تراد [illegible] فلا ابتداء للجار بغيره فكذلك لا يلزم المجاز من حقيقته والجار الابوي انه اذا حلف لاياكل من هذه الشاة لم يحنث باكل لبنها او سمنها وكذا اذا حلف لاياكل [illegible] لم يحنث [illegible] لان الحقيقة مستعملة فكذا هنا والقضم [illegible] فعلى نفعل بكسر العين في الماضي وفتحها في المستقبل **قوله** [illegible] وعن رواية اخرى عنهما ومن انه اذا اكل خبز الحنطة لا يحنث و[illegible] يحنث عندهما الاشارة جواب الجامع الصغير [illegible] **قوله** ولو حلف لاياكل من هذا الدقيق فاكل من خبزه حنث [illegible] الشافعي ان اكل من خبزه لم يحنث وان استفه [illegible] **لنا** ان حقيقة الكلام مهجورة عادة لانه لا يوكل [illegible] ان يراد [illegible] كما اذا حلف لاياكل من هذه النخلة [illegible] لم ينو عينه الدقيق فان نواه لا يحنث باكل الخبز [illegible] **قوله** ولو استفه كما هو لا يحنث هو الصحيح احترازا عن قول بعض المشايخ فانهم قالوا اذا اكل عين الدقيق [illegible] علم [illegible] لا يحنث لانه ادى به الحاء [illegible] الا [illegible] قال في الفتاوى [illegible] في اكل عين الدقيق اختلف المشايخ [illegible] قال [illegible] حنيفة [illegible] السف [illegible] **قوله** [illegible] لاياكل خبزا فيمينه على ما يعتاد اهل المصر اكله خبزا [illegible] مختصر وذلك

لان الا [illegible] على العرف فاذا كان خبز الشعير او الذرة معتادا عند طايفة يقع
الحنث [illegible] والا فلا الا اذا نوى قال في الحاوي الكافي فان اكل جوزنيجا لم الحنث
الا ان ينوي [illegible] **قوله** [illegible] الطايف خبز الارز بالعراق لم يحنث
وهذا ايضا [illegible] وذلك لا [illegible] الاطلاق لا تنساول عندهم خلا بيع
[illegible] او كان [illegible] طبرستان طبرستان اسم اهل
ولنا [illegible] كذا قال بعضهم
فيه [illegible] البلاد طبرستان
بالقادسية [illegible] آخذه القارس [illegible] قطع شجر وهذا
احسن **قوله** [illegible] بالجزر
وهذا لفظ القدوري في مختصره [illegible] بلا ماء
وذلك توجد [illegible] عليه
خاصة [illegible] والبيهمة
المشوي [illegible] **قوله**
وان حلف لا ياكل الطبيخ [illegible]
قال صاحب الهداية [illegible] الطبيخ على الخاصة
استحسانا [illegible] على العموم [illegible]
احص [illegible] المسمى ايضا
طبيخ [illegible] المطبوخ [illegible]
المطبخ [illegible]
خاصة [illegible] هذا كل
من مرق [illegible] **قوله** [illegible]
لا ياكل [illegible]
مختص وقال في الجامع الصغير [illegible] على راس [illegible] الغنم
وقال ابو يوسف

ابو يوسف ومحمد على راس الغنم خاصة قال فخر الاسلام والقياس ان [illegible] على كل
راس حتى راس السمك لعمومه وفي الاستحسان يقع على [illegible] فهذا اختلاف
عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان [illegible] ابو حنيفة [illegible]
الاسواق رؤس البقر والغنم [illegible] علماينا من عرف
بلده وكان في زمنهما [illegible] الاراس الغنم خاصة فافتيا بوقوع اليمين
عليها خاصة قال [illegible] راس الجزور لعدم
العرف [illegible] الطبيخ [illegible] على
اعتبار [illegible] في مختصر القدوري ومعنى قوله يكبس في التنانير اي يدخل فيها قوله
لبس [illegible] على
صيغة المبني للفاعل من كبس [illegible] في الكناس اذا دخل فيه والاول هو
الصحيح **قوله** [illegible] او رمانا او رطبا او قثا
او خيارا [illegible] حنيفة
وقال ابو يوسف [illegible] الحلو
الصغير [illegible] **اعلم** [illegible] او خيارا
او صفو جلا [illegible]
بالاجماع [illegible]
البقول [illegible] البطيخ من الفواكه [illegible] البطيخ لا
فاكهة كذا ذكره فخر الاسلام [illegible]
الا [illegible]
لحسبه [illegible]
زيادة على ما يقع به [illegible]
[illegible]
الناس [illegible] قول ابي حنيفة [illegible]

لا اختلاف حجة وبرهان

[illegible] بالاتفاق في المتعين اذ التمر لا حد [illegible] القصود فيه
او لزياده [illegible] الاشياء الثلاث لزيادة [illegible] ان يكون صالحا للغذا او الدواء
[illegible] الرطب يصلح ان يكون غذاء ودواء والرمان
[illegible] صالح خصوصا [illegible] غذاء وفساد
زيتونا [illegible] وحدائق [illegible] وفاكهة [illegible] فاكهة ونخلا و
رمان [illegible] عطف النخل
والرمان على [illegible] والعطف يقتضي المغايرة فان قيل لا نسلم ان
العطف يقتضي المغايرة الا ترى الى قوله تعالى واذ اخذنا من النبيين ميثاقهم ومنك ومن
نوح وابراهيم فلو كان العطف يقتضي [illegible] الانبياء [illegible]
من كان عدوا لله وملائكته ورسله وجبريل وميكال [illegible]
المعطوف [illegible] المغايرة [illegible]
[illegible]
[illegible] فائدة [illegible]
للمغايرة [illegible] خراسان لو حلف بالفارسية
[illegible] خلاصة الفتاوى
[illegible] في العرف [illegible]
[illegible] **قوله** [illegible] **قوله** [illegible] والرطب والرمان
[illegible] **قوله** كان البادي
[illegible]
[illegible] مشهد
[illegible] **قوله** لو حلف لا يأدم [illegible] كل شيء اصطبغ به فهو
ادام [illegible] ابو يوسف [illegible]
[illegible] ادام [illegible] ابن [illegible] الجامع الصغير [illegible] اعلم

انه اذا

انه اذا حلف لا يأكل اداما فاكل خلا او زيتا او لبنا او زبدا او ما شابه ذلك مما يصطبغ
الخبز حنث وان اكل لحما او بيضا او جبنا لا يحنث عند ابي حنيفة [illegible] ابو يوسف في
ظاهر الرواية وعند محمد يحنث [illegible] ابي يوسف ذكره الامام [illegible] الصدر
الشهيد في شرح الجامع الصغير اما العنب والبطيخ فقد ذكر بعض المتاخرين في شرح
هذا الكتاب انه على هذا الخلاف ولم يذكر [illegible] الامام [illegible] في
شرح مختصر [illegible]
شرح [illegible] قوله
عليه السلام [illegible] الادام اسم لما يصطبغ الخبز ماخوذ
من [illegible] الخبز يكون
اداما [illegible]
[illegible] واحد با
لا [illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
بالـ[illegible] **قوله** واذا حلف [illegible]
[illegible]
[illegible] عبارة عن طعام [illegible] بفتح العين [illegible] عن
[illegible] الطعام [illegible]
ان [illegible]
ان [illegible] لا يتغدى حتى
[illegible]
[illegible]
[illegible] حتى يعتبر الارز [illegible]

واللبن لاهل البوادى والتمر بغدا دمكن حلف لا يدخل بيتا فهو على المدر للبلدي
وعلى بيت الشعر للبدوى ولذلك الحكم في التعشى حتى يشترط ان يكون اكثر من نصف
شبعه [illegible] الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوى ومن حلف ان لا يتغدى فانه يقع
على الغدا [illegible] فان كان من اهل الحضر يقع على خبز الحنطة والشعير لا يقع على
اللبن والسويق وان كان من اهل البادية يقع على اللبن والسويق وان كان حجازيا يقع على
السويق [illegible] طلوع الشمس
[illegible] وقت السحور
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible]
[illegible] **قوله** [illegible] بكسر العين [illegible]
[illegible] الوقت عشاء
[illegible] بنفسه و
[illegible] الزوال
[illegible]
[illegible] **قوله** [illegible]
[illegible]
والسحور من نصف الليل الى طلوع الفجر [illegible]
مايوكل

مايوكل في السحور والسحور بفتح السين **قوله** ويطلق على ما يقرب
منه اى يطلق السحور على ما يقرب من السحور وانما قال هذا لان السحور
هو الثلث الاخير من الليل الى طلوع الفجر وما بعد نصف الليل قريب منه لا محالة
والسحور ماخوذ من السحر فانطلق اسم السحور على ما بعد نصف الليل لانه
قريب من الثلث الاخير **قوله** ويشترط ان يكون اكثر من نصف الشبع اى
ان يكون الغدا والعشا والسحور **قوله** ومن قال ان لبست او اكلت
او شربت فعبدى حر وقال عنيت شيا [illegible] يدين في القضا وغيره
وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة والاصل هنا ان النية تعيين
بعض محتملات اللفظ واصل اخوان الثابت بالضرورة ويكون تقديره
بالضرورة [illegible] فبعد ذلك نقول اذا عين ثوبا
ذلك ثوب او طعاما [illegible] طعام او شراب لا يصح نيته وكذا
اذا قال ان ركبت وعين دابة دون دابة لا يصح [illegible]
الكبير اذا حلف لا يغتسل في هذه الدار الليلة قال عنيت من الجنابة او
حلف لا يغتسل وقال عنيت فلانا او حلف لا يتزوج وقال عنيت به فلانة او امراة
من اهل الكوفة في هذه الوجوه كلها لا يصح بينه لا قضا ولا ديانة لان النية
تعيين بعض محتملات اللفظ والثوب او الطعام او الشراب او الدابة او الجنابة
او فلانة او المراة ليس في اللفظ فلا يصح نيته ولان هذه الاشيا سبيل
الاقتضا لا من اللغة والثابت اقتضا ثابت ضرورة فالحاجة الى اثباته
العموم وما لا عموم له لا يثبت تخصيصه قال ابو العيني في شرح الجامع
عن الخصاف [illegible] يصدق فيما بينه وبين الله في الرواية
احد الخصاف في كتاب الحيل خلافا لهذا قال ان لبست ثوبا او قال
ان اكلت طعاما او قال ان شربت شرابا او قال ان ركبت دابة او قال
ان اغتسلت غسلا او قال ان اغتسلت الليلة في هذه الدار احدا او حلف لا يتزوج

امراة وعني شيا دون شي يصح نيته فيما بينه وبين الله تعالى لان البكرة وقعت
وموضع النفي فيعم والعموم يحتمل الخصوص لكن لا يصدق في القضا لانه خلاف
الظاهر بخلاف ما اذا قيل له انك تريد ان تغتسل الليلة في هذه الدار عن
الجنابة فقال ان اغتسلت فعبدي حر فهو عن الجنابة لانه جواب فيتقيد بالسوال
ولو قال ان اغتسلت الليلة في هذه الدار ولم يقل في هذه الدار فهو على كل اغتسال
قضا لانه زاد على حرف الجواب فيكون ابتداء ولكن مع هذا يصدق ديانة
لانه يحتمل انه اراد به الجواب فان قلت اذا قال ان خرجت ونوى
السفر يصح نيته وكذا اذا قال ان ساكنت فلانا ونوى المساكنة في بيت
واحد يصح نيته مع ان السفر والبيت الواحد لا يدل عليه اللفظ فكيف صحت نيته
قلت لا نسلم انه لا يدل عليه اللفظ وهذا لان السفر احد النوعي الخروج
لان الخروج اما مديد او قصير فالمديد هو السفر فكان في اللفظ دلالة
عليه فصحت نيته ذلك فاما اذا نوى مكانا بعينه كبغداد ومثلا حيث لا يصح نيته
لان المكان لا يدل عليه اللفظ لعدم اقتضا وكذا المساكنة في بيت واحد نوعي
المساكنة لان المساكنة تامة وقاصرة فالتامة ان يسكنا في بيت واحد والقاصرة ان يسكنا
في دار او بيت فصحت نيته لدلالة اللفظ عليه بخلاف ما اذا نوى المساكنة في مكان بعينه
حيث لا يصح نيته لانه لا دلالة عليه في اللفظ قوله ومن حلف لا يشرب من دجلة
لم تشرب منها بانا لم يحنث حتى يكرع منها كرعا عند ابي حنيفة وقالا اذا شرب
بانا يحنث وهذه مسئلة القدوري والاصل ان الكلام اذا كان له حقيقة مستعملة ومجاز
مستعمل فالحقيقة اولى عنده وان كان المجاز اكثر
استعمالا عندهما وهذا لان عند ابي حنيفة الحقيقة اولى وعندهما المجاز اولى فبعد هذا
يقول الشرب من دجلة حقيقة هو الكرع لا الشرب بالانا فيتصرف يمينه الى
الحقيقة لانها الى انه اذا قال الذي شرب بالانا شربت من الانا لا من دجلة كان مصدقا
واذا قال شربت من دجلة لا من الانا كان مكذبا فدل ان الشرب من دجلة هو الشرب

كرعا

كرعا وهذه الحقيقة مستعملة فيما بين كثير من الناس كاهل الرستاقيق لوروده ولاكل
صاحب الشرع انه الذي فقال اهل عندكم ما بات في شنة والا كرعنا وهذا اذا حلف
لا يشرب من هذا الكوز فجعل ماء في الكف فشرب لا يحنث فان قلت لم لا يجوز ان يكون
المضاف محذوفا على ان يكون تقديره قوله لا اشرب من دجلة اي من ماء دجلة ولو تكلم
بلفظ الماء كان يحنث بالاغتراف والكرع كيف ما حصل الشرب فينبغي ان يكون هنا كذلك قلت
لا يصح ذلك لان الماء لو كان في تقديره لكان ينبغي ان يحنث اذا شرب من نهر ياخذ من دجلة فان الماء
اذا كان مذكورا يحنث نص عليه محمد في الجامع الكبير في قوله لا اشرب من دجلة لا يحنث
اذا شرب من نهر ياخذ منها فدل ان تقدير الماء ليس بمستقيم ووجه قولهما ان
المتعارف المفهوم من الناس من الشرب من دجلة هو الشرب من ماء تحويه دجلة وهو المجاز
فيعمل بعموم المجاز فيحنث كيف ما شرب كما اذا حلف لا يضع قدمه في دار فلان يحنث في
يمينه اذا دخلها راكبا او ماشيا او حافيا او متنعلا لعموم المجاز وهو الدخول فكذا هنا
نصا كما اذا حلف لا يشرب من هذه البير فشرب منها بانا يحنث وجوابه ان الكرع في البير ليس
بممكن فانصرف الى المجاز بخلاف ما نحن فيه فان الكرع ممكن مستعمل فلهذا يحنث بالكرع عندهما
قال الامام العتابي في شرح الجامع قال بعضهم لا يحنث كيلا يكون جمعا بين الحقيقة والمجاز
وقال بعضهم يحنث وهو الصحيح لعموم المجاز وليس هو جمع بين الحقيقة والمجاز هذا اذا لم يكن له نية
فاذا نوى الكرع فعندهما لا يحنث بالمجاز ديانة وقضا لانه نوى حقيقة كلامه وان
نوى العرف فعنده صدق ديانة لانه يحتمله ولا يصدق قضا لانه خلاف
الحقيقة ولو حلف لا يشرب من هذا الجب فان كان ملآن انصرف الى الكرع عنده لتعين
الحقيقة وان لم يكن ملآن انصرف الى المجاز لامتناع الحقيقة كذا نقل الشيخ ابو المعين
النسفي في شرح الجامع عن الشيخ ابي القاسم الصفار ولو عني بقوله لا يشرب من دجلة
ما دجلة يصح انه لا يحنث لو شرب من نهر ياخذ من دجلة هل يحنث ام لا قال الشيخ
ابو المعين من مشايخنا من قال لا يصح نيته لان الماء مقتضى فلا يظهر في حق
قبول النية ومنهم من قال يصح نيته لانه نوى اضمار الماء واليه ذهب الشيخ ابو بكر الاعمش

قوله ولأن كلمة من للتبعيض اعلم ان كلمة من لابتداء الغاية والمبرد ذهب
المبرد ومن تبعه وكونها مبعضة او مبينة او مزيدة راجعة الى ذلك وقد عرف في
المفصل وغيره وعند غير المبرد لابتداء الغاية ولغيره من المعاني على سبيل الا
الاشتراك ثم قول صاحب الهداية ان كلمة من للتبعيض ان كان مراده انه وضع
للتبعيض واحده فهذا لم يقل به احد من ائمة اللغة وان كان مراده انه قد يستعمل
للتبعيض فمن اين يلزم انه هنا للتبعيض وقد صرح الشيخ ابو المعين النسفي
وشيخ الجامع ان هنا لابتداء الغاية وحقق الكلام فيه وقال اذا دخلت
من على اسم امكن تحصيل معنى الفعل المتقدم عليه في ذلك الاسم يجعل للتبعيض
كما في قوله اكلت من طعام فلان واخذت من ماله لان المال محل الاخذ والطعام
محل الاكل وان لم يمكن تحصيل معنى الفعل في ذلك الاسم يجعل لابتداء الغاية كما يقول
سرت من مطلع الشمس الى مغربها ومشيت من زبيد من باب الامير الى باب القاضي
وهنا لا يمكن تحصيل معنى الشرب في النهر اذ هو اسم لما بين حافتي الوادي دون
الماء الجاري فيه فاذا كانت لابتداء الغاية ينبغي ان يكون الشرب من هذا المكان
وان يكون منه الاوان يضع فاه عليه فيشرب منه كما في الكوز يقال كرع في الماء اذا تناوله
بفيه من موضعه **قوله** وحقيقته في الكرع وهي مستعملة اي حقيقة التبعيض
حاصلة في الكرع والحقيقة مستعملة لا مهجورة فيكون اولى من المجاز المتعارف
قوله ولهذا يحنث بالكرع اجماعا فيه نظر لانه اختلف المشايخ في الكرع عندهما وقد
مر قبل هذا **قوله** وان حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب منها باناء حنث
هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه عقد اليمين على ماء دجلة لا على نهر
دجلة والنسبة لا ينقطع بالاناء ولهذا يقال هذا ماء دجلة اذا كان في الجب او الحوض
كذا اذا شرب من نهر يأخذ من دجلة يحنث هذا قولهم جميعا وروي عن ابي يوسف
انه اذا حلف لا يشرب من ماء دجلة فشرب من نهر يأخذ منها لا يحنث لان الماء صار
مضافا الى نهر اخر فانقطعت النسبة ووجه الظاهر ان نسبة الماء الى دجلة لم
تنقطع

بالدخول في النهر المتشعب منها كما لا ينقطع بالاغتراف بالآنية بالاستقا
بالدلاء وبئر الا ترى انه ماء زمزم ينقل الى ساير البلاد ويقال هذا ماء زمزم **قوله**
وهو الشرط اي شرط الحنث في الشرب كون الماء منسوبا الى دجلة والماء في الاناء
منسوب اليها فكان الشرط قائما **قوله** وان قال ان لم اشرب الماء الذي في
هذا الكوز اليوم فامرأته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث فان كان فيه ماء
فاهريق قبل الليل لم يحنث وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف حنث في
ذلك كله يعني اذا مضى اليوم وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وعلى هذا
الخلاف اذا كان اليمين بالله تعالى يعني اذا قال والله لاشربن الماء الذي في هذا الكوز
اليوم وليس في الكوز ماء او كان فيه ماء فاهريق قبل الليل لم يحنث عندهما
وقال ابو يوسف يحنث فيهما اذا مضى اليوم والاصل هنا ان تصور البر شرط لا
لانعقاد اليمين فكان شرط البقاء بها وعند ابي يوسف ليس بشرط انما الشرط ان
يكون على امر في المستقبل لان اليمين تنعقد على ما لا يتصور عادة كما في الحلف
على مس السماء وتقليب الحجر ذهبا فتنعقد على ما لا يتصور حقيقة ايضا ولهما
ان المقصود في اليمين البر فاذا فات البر تجب الكفارة خلفا عنه ثم اذا لم يتصور البر
لا تنعقد اليمين لفوات المقصود ولا حنث بدون انعقاد اليمين فلا تجب الكفارة
بلا حنث حقيقة ان اليمين لا توجب الكفارة لذاتها ولهذا لا تجب الكفارة في اللغو
والغموس مع انهما يمينان وانما تجب الكفارة بالحنث فكل يمين استحال فيها البر استحال
فيها الحنث فلما استحال شرب الماء لم يكن في الكوز استحال البر فلما استحال البر استحال
الحنث لان الترك انما يكون فيما يصح وجوده وهنا تحتاج الى الفرق بين هذه المسألة
حيث لا ينعقد اليمين عندهما سواء علم او لم يعلم وبين مسألة الجامع الكبير وهي اذا حلف
ليقتلن فلانا وهو ميت ان علم بموته تنعقد اليمين وان لم يعلم لا تنعقد والفرق انه
اذا لم يعلم الموت عقد يمينه على الحياة القائمة فلم تنعقد اليمين لانعدام المحل كما في مسألة
الكوز واذا كان عالما بموته فقد عقد يمينه على نفس يحييها الله تعالى وذلك

منصور كما في قوله فاماته الله مائة عام ثم بعثه وبتفويت الحيوة الحادثة يكون قاتلا لذلك
الشخص المحلوف عليه فينعقد اليمين ثم يحنث من ساعته لوقوع العجز عادة كما في
تحويل الحجر ذهبا بخلاف الكوز فانه اضاف شربه الى الماء الذي في الحال وليس فيه
ماء الا الذي يحدثه الله تعالى فاذا احدث الله فيه ماء كان غير ذلك الماء لا محالة فكان
محل اليمين غير متصور فلم ينعقد اليمين لهذا بخلاف ما اورد ابو يوسف من النظير فانه
متصور في الجملة بان يكون وليا وكرامة الاولياء حق بخلاف العادة فلما تصور
انعقد اليمين لكن وجبت الكفارة لوقوع العجز عادة هذا اذا كانت اليمين موقتة
بذكر اليوم فاذا كانت مطلقة عن ذكر اليوم ففي الوجه الاول وهو ما اذا قال
ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز فامراته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث عندهما
كما اذا ذكر اليوم لعدم تصور البر وعند ابي يوسف يحنث في الحال بخلاف ما اذا ذكر اليوم
حيث يحنث عنده اذا مضى اليوم والفرق انه اذا ذكر اليوم كان غرضه التوسعة
على نفسه حتى يختار الفعل في اي وقت شاء فما لم يمض ذلك الوقت لا يتحقق ترك الفعل لان
الفعل يتعين عليه في اخر اجزاء الوقت المقدر فاذا فات الجزء الاخير ولم يفعل حنث
حينئذ بخلاف ما اطلق يمينه عن ذكر اليوم حيث يجب عليه البر كما فرغ لانه لم يرد
التوسعة فلما عجز عن البر وجبت عليه الكفارة في الحال وفي الوجه الثاني وهو
ما اذا قال ان لم اشرب الماء الذي في هذا الكوز فامراته طالق وكان في الكوز ماء
فاهريق حنث في قولهم جميعا وبما تحتاج الى الفرق لانه لا يحنث عندهما
اذا ذكر اليوم فاهريق قبل الليل واذا لم يذكر اليوم فاهريق يحنث والفرق ان الوقت
اذا ذكر كان البر واجبا عليه في الجزء الاخير من الوقت وعند ذلك المحلوف عليه فايت فبطل
اليمين فلا يحنث ولهذا لو عقد يمينه في هذه الحالة ابتداء في الجزء الاخير من الوقت حيث
لا ينعقد يمينه بخلاف ما اذا لم يذكر اليوم فان البر يجب عليه في الحال فاذا فات المحلوف عليه
حنث **قوله** كما اذا عقده ابتداء الضمير المنصوب راجع الى اليمين وتذكيره على تاويل الحلف
قوله ومن حلف ليصعدن السماء او ليقلبن هذا الحجر ذهبا انعقدت يمينه وحنث

عقيبها

عقيبها وهذا لفظ القدوري في مختصره وعند زفر لا ينعقد يمينه لانه مستحيل
عادة فصار كالمستحيل حقيقة كما في الحلف على شرب ماء الكوز ليس فيه ماء **ولنا ان**
شرط انعقاد اليمين تصور البر وصعود السماء متصور الا ترى ان الانبياء صعدوا
وكذا الملائكة يصعدون قال الله تعالى انا لمسنا السماء فوجدناها ملئت حرسا فلما كان متصورا
انعقدت يمينه وهذا لانه لو كان محالا في نفسه لا يمكن لوجوده اصلا فلما تحقق ذلك
في حق الانبياء والملائكة علم انه ليس بمحال في نفسه بل هو متصور وكذا تقليب الحجر ذهبا
متصور لانه يجوز ان يقع ذلك لبعض الاولياء كرامة لهم وكرامة الاولياء [illegible] خلاف
العادة حق عندنا الا انه لما كان عاجزا بحكم العادة حنث في الحال كما فرغ عن
اليمين وانما وجب الحنث في الحال لان البر ليس له زمان ينتظر بخلاف ما قاس عليه
زفر فان شرب ماء الكوز ليس فيه ماء لا يتصور فظهر الفرق ثم اعلم ان المصنف
جعل الباب مترجما بالاكل والشرب ثم ذكر في الباب مسئلة صعود السماء وتقليب
الحجر ذهبا لانه ذكر ان شرط انعقاد اليمين التصور فبين الكلام [illegible] في ذكر هذه المسئلة
لان البر فيها متصور

باب اليمين في الكلام

لما ذكر الاكل والشرب من قبل باعتبار انهما من اهم ما يحتاج اليه الانسان في حالة
البقاء ذكر بعده الكلام لانه لا بد منه في نوعه وقدمه على سائر انواع الكلام من اليمين في
العتق والطلاق والبيع والشراء واليمين في الحج والصوم والصلاة لان الجنس
مقدم على النوع **قوله** ومن حلف لا يكلم فلانا فكلمه وهو بحيث يسمع الا انه نائم
حنث وهذه مسئلة القدوري وذلك لانه قد كلمه وبلغ سمعه فيحنث وان لم يستيقظ
لانه اوصل الكلام الى سمعه لكن النوم كان مانعا عن الفهم فصار كما اذا كلمه وهو غافل
لم يفهم كلامه وفي بعض روايات المبسوط شرط الايقاظ لانه قال اذا حلف لا يكلم فلانا فكلمه
نائما فايقظه حنث وهذا لانه اذا كلمه فلم يستيقظ كان كما اذا ناداه من بعيد وهو
بحيث لا يسمع فيكون هاذيا لا مكلما الا ترى انه لو ناداه يا فلان [illegible] ولو
كان نائما فناداه فايقظه حنث في يمينه لانه اسمعه كلامه وان لم يوقظه لم يحنث هو الصحيح

لان الانسان لا يعد متكلما للنايم اذا لم يتيقظ بكلامه كما لا يعد متكلما مع الغايب

قوله ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فاذن له ولم يعلم باذنه حتى كلمه حنث وهذا

لفظ القدوري يعني مختصره قال في شرح الاقطع هذا هو المشهور من قولهم وعن ابي

يوسف انه لا يحنث وبه قال الشافعي لان الاذن يتم بالحالف فلا يحتاج الى علم غيره

كما اذا حلف لا يكلمه الا برضاه فرضي ولم يعلم الحالف فكلمه لا يحنث لان الرضا يتم

بالراضي ولا حاجة الى العلم الغير فكذا هنا ووجه الظاهر ان الاذن ماخوذ من

الاعلام منه قوله تعالى واذان من الله ورسوله فاذا لم يوجد العلم لا يتحقق الاذن

لعدم الاعلام بخلاف الرضا فانه يتحقق بدون العلم ونقل في تتمة الفتاوى في

الفتاوى الصغرى عن ابي الليث النوازل حلف لا يخرج امرأته الا باذنه فاذن لها من

حيث لا يسمع لا يكون ذلك اذنا في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف وزفر

هذا اذن وقال نصير ابن يحيى كتبت الى الثلجي اسئله عن الخلاف في هذه المسئلة فكتب

الي ان لا اختلاف في هذه المسئلة وهو اذن اجماعا انما الاختلاف في من يقول لاخر

الا ترى لان الاذن يكون اذنا بدون السماع اما الامر فلا يكون امرا بدون السماع

قال نصير الا ان ابا سليمان ذكر الاختلاف في الاذن وهكذا ذكر القدوري في ايمانه فان

قلت لا نسلم ان الاذن لا يتحقق بدون العلم الا ترى ان الرواية مسطورة في تتمة الفتاوى

والفتاوى الصغرى اذا اذن المولى لعبده العبد لا يعلم يصح الاذن حتى اذا علم الصبي بها

ماذونا وهذا المعنى لا انه صار ماذونا مطلقا حتى لو حجر عليه مولاه لا يعلم يصح

ايضا لا نه قبل هذا لكونه في اثر الحجر انما اذا علم بعد الحجر فالاذن لا يصير ماذونا قلت

هذا سوال الصدر ولا عن نقل الا ترى انه قال اذا علم يصير ماذونا فعلم ان الاذن لا يصح

بدون العلم الا ترى الى ما قال صاحب الشامل في قسم المبسوط اذن لعبده فلم يعلم العبد

ولا احد من الناس فتصرف ثم علم باذنه لم يجز تصرفه لان الاذن لا يعتبر بدون

العلم لانه ماخوذ من الاذان وهو الاعلام ذكره في الماذون الكبير **قوله** على ما مر انفا

الا قوله لان الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام او من الوقوع في الاذن **قوله**

وان حلف لا يكلمه

سهرا

ان لا يكلمه شهرا فهو من حين حلف وهذه من خواص الجامع الصغير ومعنى

قوله فهو من حين حلف ان اعتبار الشهر من زمان الحلف وذكر الاذنه ذكر المدة

لاخراج ما وراها لانه لو لم يذكر ها لتابدت اليمين فكان ذكر المدة لاخراج ما

وراء المدة لا لاثباتها وانما كانت ثابتة لان النكرة اذا وقعت في موضع النفي عمت

فاذا اخرج ما وراء المدة بقي الشهر متصلا بالايجاب بحكم اصل الايجاب لا بحكم

اسم الشهر لان الشهر ذكر منكرا فلا يعينا دلالة المعنى اذ نقول الباقي متصلا بالايجاب

بدلالة حال الحالف لان الحامل على هذه اليمين الغيظ الذي لحقه في الحال فكان مراده

ان لا يكلمه من هذه الحال بخلاف ما اذا نذر ان يعتكف شهرا او يصوم شهرا لانه لو

اطلق اليمين ولم يذكر المدة لم يكن متناول الابد لان الساكن لم يقع في موضع النفي وانما كانت

متناولة لما ينطلق عليه اسم الاعتكاف والصوم في الشرع فكان ذكر المدة لحمله

الحكم اليها واسم الشهر لا يتناول المعين فلان يعين اي شهر شاء مطلقا متتابعا

او متفرقا في باب الصوم اما في الاعتكاف فانه يعين اي شهر شاء ويلزمه التتابع لان

التتابع في اصل الادامة الا اذا قال في النهار دون الليل فحينئذ له ان يفرق

بخلاف الصوم فان التفريق في اصل الامر يوجد في النهار خاصة الا اذا قال متتابعا فيلزمه

التتابع وقد عرف في الجامع ونظير المسئلة الاولى الاجارة اذا اجر داره شهرا كان المراد منه

الشهر الذي يلي العقد لانه لو لم يذكر الشهر تنصرف العقد الى الابد لكنه يكون فاسدا فكان

ذكر الشهر لاخراج ما وراءه فبقي الشهر متصلا بالايجاب بحكم اصل الايجاب **قوله**

بنفي الذي يلي يمينه داخلا لانه بقي الشهر الذي يلي يمينه داخلا في الايجاب **قوله** بها اي

بالشهر **قوله** فالتعين اليه اي ولاية تعين الشهر الى الحالف **قوله** وان حلف لا يتكلم

فقرا القران في صلاته لم يحنث وان قرأ في غير صلاة حنث وهذه من مسايل الجامع الصغير

المعاده قال في شرح الاقطع هذا استحسان والقياس ان يحنث يعني في الصلاه وغيرها

وجه القياس وهو قول الشافعي ان الكلام اسم لحروف منظومة تحتها معاني

مفهومة فيكون قارئ القران متكلما لا محالة فيحنث وكذلك التسبيح والتهليل ووجه

ووجه الاستحسان ان القران والتسبيح والتهليل ان كان كلاما حقيقة لكنه
ليس بمراد من اليمين لانه اذا وجد في الصلاة لا يسمى كلاما عرفا وشرعا اما الاول
فلان الانسان لا يحلف على ترك الكلام كي يترك الصلوة فعلم ان الموجود في الصلوة
لا يسمى كلاما عرفا واما الثاني فلانه عليه السلام قال ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شيء
من كلام الناس ولقايل ان يقول القران ليس بكلام الناس فلا يصح الاحتجاج بالحديث
فينبغي ان تحنث اذا قرا في الصلوة قال الفقيه ابو الليث [illegible] الجامع الصغير هذا في عادة
اهل [illegible] الا يتكلم فقراءة القران ينبغي ان لا تحنث سواء
قرا في الصلوة او في غير الصلوة واليه ذهب الصدر الشهيد والثاني ان الانسان يقول
ما تكلمت اليوم وانما قرات القران وسبحت وهذا احسن **قوله** ولو قال يوم اكلم فلانا
فامراته طالق [illegible] على الليل والنهار وهذه من مسائل الجامع الصغير ولفظ محمد بن
[illegible] عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال يوم اكلمك فامراته طالق ثلاثا
قال هذا على الليل والنهار **اعلم** ان اليوم [illegible] بياض النهار كما
في قوله [illegible] يوم الجمعة [illegible] مطلق الوقت [illegible]
[illegible] والضابط ان اليوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت لان
[illegible] مطلق الوقت [illegible] واذا قرن بفعل يمتد
يراد به بياض النهار لان الفعل الممتد يحتاج الى [illegible] الكلام مما
لا يمتد لانه عرض لا يبقى [illegible] الكلام التالي [illegible] والتنوع الى خبر
وامر ونهي واستفهام فلا [illegible] المراد من اليوم مطلق
الوقت ليلا كان او نهارا [illegible] الكلام مطلقا فان نوى باليوم النهار وهو
[illegible]
ما اذا قال ليلة اكلمك [illegible] النهار [illegible] ارادة الملك من النهار
[illegible] الاخر وقد مر التحقيق [illegible] الطلاق
في فصل اضافة الطلاق الى الزمان [illegible] المرسوم بالتبيين في شرح الاخسيكثي **قوله**
لانه

لانه طلاق المتعارف [illegible] النهار [illegible] من يوم [illegible] بفعل لا يمتد خلاف
المعروف في العرف **قوله** ولو قال ان كلمت فلانا الا ان يقدم فلان [illegible] قال حتى يقدم
فلان او قال الا ان ياذن فلان او قال الا ان ياذن فلان او حتى ياذن فلان فامراته طالق
فكلمه قبل القدوم والاذن حنث ولو كلمه بعد القدوم والاذن لم تحنث وهذه من
مسايل الجامع الصغير والاصل هنا ان كلمة حتى للغاية كقوله تعالى حتى مطلع الفجر
وكذا قوله الا ان للغاية [illegible] للغاية [illegible]
لانتهاء الغاية [illegible]
المستثنى منه [illegible] حرف الاستثناء والمستثنى [illegible] للغاية [illegible] الغاية
فيها الحقيقة [illegible] الا ان يقطع [illegible]
ان يقطع [illegible] حتى الا ان
غاية لما قبلها [illegible] القدوم والاذن لم تحنث [illegible] اليمين [illegible]
قبل القدوم والاذن [illegible] وجد [illegible] الا ان قبل
[illegible] الغاية [illegible] القدوم [illegible]
فلان [illegible] شرط انعقاد الحالف
[illegible] بعد سقوط الغاية حتى اذا كلم فلانا
الحالف عليه تحنث لان [illegible] هذا الباب فان قلت
لا نسلم ان البر لا يتصور هنا لان الله تعالى قادر على ان يعيد فلانا [illegible] الحيوة بعد موته فيتصور
ان يقدم او ياذن بعده [illegible] قلت نعم ان الله قادر على اعادة الحيوة ولكن اليمين وقعت
على الاذن او القدوم [illegible] المعادة بعد موته ولا شك
ان [illegible] القدوم في الحيوة القايمة
غير [illegible] ولهذا قلنا اذا قال [illegible] فلانا [illegible] فلان [illegible]
الحالف [illegible] وقعت على الحيوة [illegible]
وحيط بعض الشارحين **قوله** فبعد سقوط الغاية وهي الاذن والقدوم يسقطان

موت فلان قوله ومن حلف لا يكلم عبد فلان ولم ينو عبدا بعينه او امراة فلان او صديق
فلان فباع فلان عبده او بانت منه امراته او عادى صديقه فكلمهم لم يحنث وهذه من مسائل
الجامع الصغير المعاد واعلم ان المسمى في الكلام مضافا الى الحالف اما ان كان مضافا اضافة
ملك او اضافة نسبة او كان مشارا اليه مع ذلك اما المضاف اضافة الملك كما اذا قال والله لا اكلم عبد
فلان او قال لا البس ثوب فلان او قال لا آكل طعام فلان فعتبر الملك يوم الحنث لو زال
الملك ثم وجد الفعل لا يحنث لان شرط الحنث وجود الفعل في محل مملوك لفلان لم يوجد بل بوجود
ولو استحدث الملك [illegible] فلا يحنث لوجود شرط
الحنث وكذا الحكم في الدار في رواية عن ابي يوسف انه قال في الدار [illegible] ثم انه لا يحنث
لو دخلها لان شرط الملك فيها وقت اليمين والحنث [illegible] لا يستحق في العادات
دار [illegible] ان العادة مختلفة [illegible] بالعادة
التعارض وعن ابي يوسف في الدواد واذا قال دار فلان [illegible] واذا قال دار
لفلان [illegible] الاشارة [illegible] الصحة بان
قال والله لا اكلم عبد فلان هذا او لا ادخل دار فلان هذه [illegible] فلان هذا
زال الملك ثم وجد الفعل لا يحنث عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا لمحمد وجه
قول ان المسمى لا يعتبر مع وجود الاشارة لان الاشارة ابلغ في التعريف لكونها قاطعة
للشركة [illegible] الملك [illegible] وجد الفعل وجه قولهما ان
النسبة انما لا تعتبر مع وجود الاشارة اذا لم يكن للنسبة فائدة غير التعريف ويجوز ان
يكون الفائدة كون الحامل على اليمين هو الغيظ من جهة المالك [illegible] ترجيح الاشارة انما
يكون عند التعارض ولا [illegible] التعارض لان الاشارة للتعريف والنسبة لبيان ان المالك
[illegible] في الاجناس عن الزيادات [illegible]
قول ابي حنيفة وقال لا يحنث [illegible] رواية على ان [illegible]
[illegible]
او صديق فلان ان زالت النسبة بان [illegible] الزوجية والصداقة ثم لم يحنث في قول ابي حنيفة
وحنث

وحنث في قول محمد ذكر قول ابي حنيفة في الجامع الصغير وقول محمد في الزيادات
لان النسبة لما كانت للتعريف كانت كالاشارة عند عدمها فلم يشترط دوامها
ولابي حنيفة ان الانسان قد يعادي نفس لصديقه او زوجته [illegible] فاذا كان كذلك احتمل
ان المقصود المضاف او المضاف اليه فلم يحنث بالشك فان لم يكن له زوجة ولا صديق ثم
استحدث الصداقة والزوجية ثم لم يكن في الجامع الصغير [illegible] على قياس قول ابي حنيفة
يحنث واما محمد فقد قال في الزيادات لا يحنث قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير يحتمل
ان يكون قول ابي يوسف [illegible] ان وجدت الاشارة مع ذلك بان قال صديق
فلان هذا او زوجة فلان هذه ثم زالت الزوجية والصداقة ثم كلم حنث في قولهم لان ذكر النسبة
للتعريف والاشارة فكانت الاشارة اولى قوله ولم يوجد اي لم يوجد الفعل الواقع
في محل مضاف الى فلان من الملك والنسب قوله هذا اضافة الملك بالاتفاق
اي عدم الحنث قوله فلا يشترط دوامها اي دوام الاضافة وهي اضافة الصديق
الى فلان واضافة المراة الى الزوج [illegible] عند محمد بعد زوال الصداقة والزوجية [illegible]
قال المضاف مشار اليه بان قال صديقه هذه قوله فتعلق الحكم اي حكم الحنث بعينه اي
بعين المقصود وهو الصديق والمراة قوله وجه ما ذكر ههنا وهو عدم الحنث
بعد زوال الملك والنسبة [illegible] غرض اي غرض الحالف هجر
بهجران المضاف قوله ولهذا لم يتعين اي لاجل ان غرض الحالف هجران المضاف لاجل
المضاف اليه لم يتعين المضاف حيث لم [illegible] هذا او زوجة فلان هذه ولو كان
غرضه هجران المضاف لاجل المضاف لعينه قوله فهو على هذا الاختلاف اي عند محمد
يحنث في الدار المشار اليها اذا بيعت ثم وجد الدخول كما في العبد المشار اليه اذا بيع يحنث
عندهما لا يحنث لان العبد والدار لا يقصدان بالمعاداة اما في الدار فظاهر وكذا العبد لا يعادى
لدناءته وسقوط منزلته وانما يحمل الحنث في صاحبهما فاذا زال الملك ثم وجد الفعل لا يحنث
خلاف المراة والصديق فانهما يقصدان بالمعاداة فيتعلق اليمين بعينهما فيحنث بعد زوال
الزوجية والصداقة قوله والاشارة ابلغ منها اي من الاضافة في التعريف وهذا

لان الاشارة بقطع الشركة بمنزلة وضع اليد على المشار اليه بخلاف الاضافة لانها لا
بقطع الشركة لانه يجوز ان يكون لفلان دار اخرى وعبد اخرى وصديق اخر وزوجة اخرى
قوله فاعتبرت لمي الاشارة وصار كالصديق والمراة اي صار العبد
المشار اليه كالصديق والمراة المشار اليها عند محمد وزفر **قوله** والداعي لمعنى في المضاف
اليه غير ظاهر في العبد لتعيين الداعي الى اليمين لمعنى في المضاف اليه وهو فلان غير ظاهر
في الصديق المضاف المشار اليه والمراة المضافة المشار اليها لان الاضافة فيهما لا تتعين مرادا
لان المضاف صالح للمعاداة ... لان الداعي الى
اليمين معنى في المضاف اليه وهو متعين مرادا انظر الفرق بين الاضافتين في صورة الاشارة
وهو معنى قوله بخلاف ما تقدم قال في شرح الطحاوي ... اذا قال عنيت
الكلام معه ... لانه نوى ما
يتركه وعند ... الكلام معه دون الملك يصدق في القضاء لانه نوى الحنث
فشدد على نفسه **قوله** وان حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان فباعه ثم كلمه حنث
وهذه من مسائل الجامع الصغير ايضا وذلك لان اضافة الصاحب الى الطيلسان ليست
الا للتعريف لان الطيلسان لا يصلح للمعاداة فصار كانه قال لا يكلم هذا بالاشارة
الى الصاحب **قوله** ومن حلف لا يكلم هذا الشاب فكلمه وقد صار شيخا حنث وهذه
من مسائل الجامع الصغير ايضا وذلك لان الصفة في الحاضر لغو وفي الغايب معتبرة الا اذا كانت
الصفة داعية الى اليمين فحينئذ تعتبر وتقيد اليمين بتلك الصفة كما اذا حلف لا ياكل
بسرا فاكل بعدما صار رطبا او حلف لا ياكل رطبا فاكل بعدما صار تمرا لانه تقيد اليمين
بصفة البسرية او الرطبية لان تلك الصفة داعية الى اليمين وهنا صفة الشباب لم يعتبر
داعية لان هجران المسلم لا يجوز شرعا لقوله عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ... فلو
اعتبرت الصفة داعية يلزم الهجران المهجور شرعا فلا يجوز ذلك قوله وهذه الصفة ليست
بداعية الى اليمين ... نذكر بيانه فيما قلنا **قوله** على ما مر من قبل اي في
باب اليمين في الاكل والشرب انما ذكر بلفظ الفصل دون الباب

لما ان

لما ان مسايله كالتبع لما قبله لان الحلف على الكلام في الحين والزمان نوع مشابهة لنوع من انواع
اليمين في الكلام **قوله** ومن حلف لا يكلم حينا او زمانا او الحين او الزمان فهو على ستة اشهر و
هذا اللفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع قال اصحابنا اذا حلف على النفي في يمينه على ساعة
واحدة وان حلف على الاثبات نفعل ذلك في اخر عمره جاز وذكر في الجامع الصغير رجل حلف ليصومن
حينا او زمانا فهو على ستة اشهر اعلم ان الحين هو الزمان قليلة وكثيرة كذا في الصحاح وغيره وقال
الزجاج يعبر جميع من شاهدته من اهل اللغة تذهب الى ان الحين اسم كالوقت يصلح لجميع الازمان
كلها طالت او قصرت ثم قال والدليل على ان الحين بمنزلة الوقت قول النابغة انشده الاصمعي صفة
الحية والملدوغ تناذرها الراقون من سوء سمها تطلقه حينا وحينا تراجع فالمعنى ان السم تخف
المه وقتا ويعود وقتا ومعنى تناذرها اي انذر بعضهم بعضا اعلم ان الحين جاء في معنى الوقت
القصير كما في قوله تعالى سبحان الله حين تمسون وحين تصبحون وقوله تعالى تصعون ثيابكم من
الظهيرة ويقال حينئذ في كلام العرب على معنى الوقت المطلق وجاء بمعنى الوقت المديد كما
قال تعالى هل اتى على الانسان حين من الدهر قال اهل التفسير اي اربعون سنة وجاء بمعنى ستة اشهر
وهو الوسط قال تعالى تؤتي اكلها كل حين كل ستة اشهر فرق بين وقت الطلع الى وقت الرطب ستة حين
اشهر ومن وقت الرطب الى وقت الطلع ستة اشهر ومعناه انه ينتفع بها في كل وقت لا ينقطع
نفعها البتة وروى عن ابن عباس ان الحين ستة اشهر ثم نقول لما كان استعمال الحين جايزا
في الوقت القصير والمديد والوسط فان كان له نية يقع يمينه على ما نوى من الاوقات الثلثة
لانه محتمل كلامه وان لم يكن له نية يراد به الوسط وهو ستة اشهر لانه لا يجوز ان يراد به
الوقت القصير وهو ساعة واحدة لانه لا حاجة الى اليمين في الامتناع عن الكلام لانه يوجد
الامتناع في زمان قصير بلا يمين ولا يجوز ان يراد به الوقت المديد لانه لو كان مراده
ذلك لم يذكر الحين لانه تابد يمينه حينئذ والاربعون في معنى الابد لان من اراد ذلك
يقول ابدا وهو المتعارف فتعين الوسط وكذا الكلام في الزمان لانه بمعنى الحين في اللغة يقال
لم ارك منذ حين ومنذ زمان ثم لم نفرق في الحين والزمان بين المعرف والمنكر والاعتماد
فيه على اللغة ثم يتعين ستة اشهر في قوله لا يكلم حينا او زمانا من حين حلف بخلاف

قوله لا يصوم من حينا او زمانا حتى لا يتعين بل الى ان يعين اي ستة اشهر شتاء او الفرق
مضى في هذا الباب عند قوله وان حلف لا يكلمه شهرا قوله وهذا هو الوسط اي
هذا المذكور وهو ستة اشهر هو الوسط قوله فتعين ما ذكرنا وهو الوسط وهو ستة
اشهر قوله فهو على ما نواه اي من الزمان اليسير والمديد والوسط قوله قال
وكذلك الدهر عند ابي يوسف ومحمد وقال ابو حنيفة الدهر لا ادري ما هو اي قال القدوري
في مختصره كذلك الدهر عندهما يعني انه يقع على ستة اشهر وقال ابو حنيفة لا ادري ما الدهر اي
لا ادري كيف هو في حكم التقدير فان كانت له نية فهو على ما نوى وان لم يكن له نية قال
ابو حنيفة لا ادري ما الدهر قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي المشهور من
قولهما ان الدهر بالالف واللام على الابد وقد ذكره محمد في الجامع الكبير ولم يذكر فيه خلافا وكان
ابو الحسن يقول ان قول ابي حنيفة في الدهر ودهر واحد انه لم يجب عنه شي والغالب
في كلام الناس ان الدهر على الابد يقال فلان يصوم الدهر يعنون الابد الى هنا لفظ ابي بكر
الرازي ومن اصحابنا من قال ان الدهر بلام التعريف يقع على الابد بلا خلاف بينهم قال تعالى
حين من الدهر اي الابد انما الخلاف في المنكر قالا يقع على ستة اشهر وتوقف ابو حنيفة
فيه وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وروى بشر عن ابي يوسف انه قال
لا فرق على قول ابي حنيفة بين قوله دهرا وبين قوله الدهر وقال الاسبيجابي في شرح
الطحاوي روى عن ابي يوسف قال الدهر يقع على ستة اشهر وفي ظاهر الروايات يقع على
جميع العمر ثم وجه قولهما ان الدهر كالحين والزمان في استعمال العرب يقال لم ار فلانا
منذ دهر ومنذ حين ومنذ زمان على السوا ووجه قوله ان الدهر لا اصل فيه عن احد من اهل
اللغة وذلك لانه متعارضة فيجب التوقف فيه الا ترى الى قوله تعالى وما يهلكنا الا الدهر والى
قوله عليه السلام لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر ولهذا قال صاحب الجمهرة الدهر معروف
ثم قال وقال قوم الدهر مدة الدنيا من ابتدائها الى انقضائها وقال اخرون بل الدهر كل يوم
وليلة وقال بعض اهل اللغة الدهر الزمان الليل والنهار لا غير ولهم انشد هل الدهر الا ليلة و
نهارها والا طلوع الشمس ثم غيارها فلما لم يستقر العرف فيه لم يصح الحاق الدهر بالحين والزمان
قياسا لان اثبات اللغات بالقياس لا يستقيم ولهذا الدهر اذا ذكر معرفا يقع على الابد

ايقاعا

توقف ابي حنيفة

ايقاعا على ظاهر الرواية خلاف الحين والزمان ثم توقف ابو حنيفة في الدهر من غاية
زهده وورعه وجلالة قدره في العلم حيث لم يقف ما ليس له به علم ولم يقل على طريق الجزاف
فكان هذا منه عين المعرفة لا جهلا ومما يليق ذكره هنا ما قال بعضهم من قال لا ادري لما
لم يدره فقد اقتدى في الفقه بالنعمان في الدهر والخنثى كذا جوابه ومحل اطفال وقت ختان
روى صاحب الاجناس عن كتاب الصيام املاء بشر ابن الوليد في تاريخ شعبان سنة تسع
وستين ومائة ولو قال لله علي صوم عمري او صوم العمر ولا نية له فان قوله العمر يقع على الابد وفي
قوله عمري على يوم واحد ثم قال وقال في كتاب الايمان املاء رواية بشر بن الوليد في تاريخ صفر
اذا حلف لا يكلمه عمرا فهو مثل الحين ستة اشهر الا ان ينوي اكثر او اقل فله نيته ولو قال عمري
او عمرك فهو الى الموت الذي اضاف اليه وانما ذكرت هذه المسائل تكثيرا للفوائد لانه لم يذكر
صاحب الهداية قوله ولو حلف لا يكلمه اياما فهو على ثلاثة ايام هذا لفظ القدوري في
مختصره وهو رواية الجامع الكبير وذكر فيه انه بالاتفاق وذكر في كتاب الايمان انه على عشرة
ايام عنده كما في المعرف قال الاسبيجابي في شرح الطحاوي والمذكور في الجامع اصح
وذلك لانه ذكر الايام بالتنكير ولا دلالة فيه على الجنس والعهد فيقع على اقل الجمع وهو الثلث
قال في شرح الطحاوي لو حلف لا يكلمه يوما يقع على طلوع الشمس الى غروبها اذا حلف قبل
الطلوع وان كان حلف بعد الطلوع يقع على يوم كامل الى الوقت الذي حلف من الغد فيدخل
الليل فيه ولو حلف لا يكلمه اليوم وقع على بقية اليوم ولو حلف لا يكلمه يومين دخل فيه الليل
سواء حلف قبل الطلوع او بعده وما عرفت من الجواب في اليوم فكذلك الجواب في الليل
ولو حلف لا يكلمه شهرا وقع على ثلاثين يوما ولو حلف لا يكلمه الشهر وقع على بقية الشهر قوله وان
حلف لا يكلمه الايام فهو على عشرة ايام عند ابي حنيفة وقالا على ايام الاسبوع هذا لفظ القدوري
وكذلك اذا حلف لا يكلمه الشهور او الجمع او السنين والاصل هنا ان حرف التعريف اذا دخل في
اسم الجمع ينصرف الى اقصى ما ينطلق عليه اسم الجمع عند ابي حنيفة وهو العشرة لان الناس
يقولون في العرف ثلاثة ايام واربعة ايام الى عشرة ايام ثم بعد ذلك يقولون احد عشر يوما
ومائة يوم والف يوم فلما كانت العشرة اقصى ما ينتهي اليه لفظ الجمع كانت هي المراد ولان الايام للجنس

خلاف ما اذا حلف بقوله ان تزوجت النساء حيث يقع اليمين على الواحدة لتعذر صرفه الى الجمع
ان عنى الجميع قيل لا يصدق لانه خلاف الظاهر وقيل يصدق لانه نوى حقيقة كلامه وقد عرف ذلك
شرح الجامع واصل هذا ابو يوسف ومحمد انه ينظر ان كان ثمة معهود ينصرف اليه والا ينصرف
الى الجميع العرفي الايام المعهود في عرف الناس ايام الاسبوع فكانت الجمعة هي المراده وفي
الشهور المعهود شهور السنة هي المراده ولا معهود في الجمع والسنين فانصرف لجنسه الى
جميع العمر ولو قال جمعا او قال سنين بالتنكير يقع على ثلاثة منها بالاتفاق ولو قال اول يوم من
اخر هذا الشهر يقع على السادس عشر من الشهر لانه اول يوم من اخر الشهر ولو قال اخر يوم من
اول هذا الشهر يقع على الخامس عشر من الشهر لانه اخر يوم من اول الشهر نقله في الاجناس
عن نوادر ابن سماعة **قوله** لانه تدور عليها اي لان الشهر تدور على اثنى عشر وكان القياس
ان يقول لانها تدور عليه لكن اول المذكور في الاول والافراد في الثاني فافهم **قوله** ومن قال
لعبده ان خدمتني اياما كثيرة فانت حر وهذه مسئلة الجامع الصغير قال ابو حنيفة الايام
عشرة وقالا سبعة لان ايام الاسبوع سبعة وما زاد عليها تكرار فيكون الايام الكثيرة
سبعة ولابي حنيفة ان اكثر عدد يضاف اليه الايام عشرة فبعد ذلك لا يسمى اياما يقال
ثلاثة ايام الى عشرة ايام ثم يترك ذكر الايام فيقال احد عشر يوما ومائة يوم والف يوم
قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير من المتاخرين من قال هذا الاختلاف على لسانهم
اما بلساننا ينصرف الى ايام الجمعة بالاتفاق وعلل صاحب الهداية بقوله لانه يذكر بلفظ
الفرد دون الجمع وفي التعليل نظر لان لفظ الفرد بالفارسية لا يخلو من احد الامرين اما ان يفهم
منه معنى الجمع ام لا فان فهم منه ينبغي ان يكون العربي والفارسي سواء وان لم يفهم ينبغي ان لا يكون
الاسبوع مرادا ايضا

باب اليمين في العتق

والطلاق قدم هذا الباب على غيره لكثرة وقوعه في حلف الناس فكان بيانه اهم
باعتبار الكثرة **قوله** ومن قال لامراته اذا ولدت ولدا فانت طالق فولدت ولدا ميتا
طلقت وهذا من مسائل الجامع الصغير المعاد قال وكذلك الامة تعتق به اذا علق عتقها به
وذلك لان شرط الطلاق او العتق ولادة الولد فقد وجد الشرط لان الولد الميت ولد

حقيقة

حقيقة وشرعا اما حقيقة فظاهر واما شرعا فان المراة تنقضي عدتها به وتصير به نفسا
وتصير الامة به ام ولد الا ترى انه يجيء في الاخرة ترجى شفاعته بدليل ما روى ابو عبيدة في حديث
النبي صلى الله عليه في السقط تظل محبنطئا على باب الجنة والمحبنطي يروى بغير همز وبهمز فعلى
الاول معناه المتغضب المستبطي للشيء وعلى الثاني معناه العظيم البطن المنتفخ يعني ينتفخ
ويشتق بطنه من الغضب حتى يدخل ابواه الجنة قال الحاكم في الكافي اذا قال لها اذا ولدت
ولدا فانت طالق فاسقطت سقطا استبان بعض خلقه لم يقع به الطلاق ولم تنقض به عدة
ولم يصر به ام ولد لانه ليس هنا لفظ الكل كتبت للتبرك **قوله** ولو قال لها اذا ولدت ولدا فهو حر
فولدت ولدا ميتا ثم اخر حيا عتق الحي وحده عند ابي حنيفة وقالا لا يعتق واحد منهما
وهذه من مسائل الجامع الصغير المعاد لهما ان شرط الحرية ولادة الولد وقد تحققت
الولادة لكن الميت ليس بمحل للحرية فانحلت اليمين لا الى جزاء كما اذا قال لعبده اذا دخلت
الدار فانت حر فباعه فدخل الدار انحل اليمين لا الى جزاء حتى اذا اشتراه فدخل الدار لا
يعتق وكذا اذا قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق فابانها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار
انحل اليمين لا الى جزاء حتى اذا تزوجها ثم دخلت الدار لا تطلق ولابي حنيفة ان الولد وان لم
يكن موصوفا بالحيوة اصالة موصوف بها دلالة وكانه قال اذا ولدت ولدا
حيا فهو حر لان الحرية عبارة عن قوة حكمية تثبت في الحي حيث تدفع تسلط الغير عليه
والميت ليس باهل للقوة الحكمية المذكورة فكانت الحيوة شرطا في الولد بهذا المعنى لان
الحرية من اوصاف الحي فيعتق الولد الثاني لانه هو الحي بخلاف ما اذا قال لامراته
اذا ولدت ولدا فانت طالق او قال لامته اذا ولدت ولدا فانت حرة فولدت
ولدا ميتا يقع الطلاق والعتق لان ولادة الولد هو شرط الطلاق او العتق وكل واحد
منهما مستغن عن حيوة الولد فلم تكن حيوته شرطا وهذا معنى قوله بخلاف جزاء الطلاق
وحرية الام **قوله** لانه لا يصلح مقيدا اي لان جزاء الطلاق وحرية الام لا يصلح مقيدا
للحيوة لاستغنائهما عن حيوة الولد لهذا اذا وصف الولد بالموت صريحا وعلق
الطلاق وحرية الام به وقال اذا ولدت ولدا ميتا فانت طالق او قال فانت حرة كان

طلقت لان العدة تنقضي به وتصير الامة به ام ولد ولكن ان لم يستبن شيء من خلقه

معا **قوله** واذا قال اول عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا عتق وهذه من
مسايل الجامع الصغير المعاد والاصل ان الاول اسم لفرد سابق لا يشاركه غيره فالذي
اشتراه فرد سابق فيعتق اما اذا اشترى عبدين بصفقة ثم اشترى عبدا اخر
لا يعتق واحد منهم لان التفرد لم يوجد في العبدين والسبق لم يوجد في العبد الثالث
قال اول عبد اشتريه وحده فهو حر عتق الثالث وهي مسلة الجامع الكبير لان اليمين
تناولت الاول الموصوف بصفة التوحد والثالث هو الاول المتوحد في الشرا
خلاف ما اذا قال اول عبد اشتريه واحدا فاشترى عبدين ثم اخر لا يعتق احد
منهم ذكرها العتابي في شرح الجامع الكبير لا يعلم الا وليه لان العبدين ليسا بفرد والعبد
ليس بسابق والفرق بين قوله واحد ان الواحد يقتضي الانفراد في الذات ووحده
يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به الا ترى انه لو قال في الدار رجل واحد كان صادقا اذا كان
معه صبي او امراه بخلاف ما اذا قال في الدار رجل وحده كان كاذبا اذا كان معه صبي او امراه
قوله وان قال اخر عبد اشتريه فهو حر فاشترى عبدا ثم مات لم يعتق وهذه
من مسايل الجامع الصغير المعاده ايضا وذلك لان الاخر اسم لفرد لاحق والعبد
الذي اشتراه ليس بلاحق لغيره لانه لم يسبقه احد في الشرا فلا يكون اخرا فلا يعتق
لعدم الشرط ولانه اول فلا يكون اخرا لانه ليس من صفات المخلوقين ان الواحد اولا
واخرا وانما هو من صفات الباري جل وعز اما اذا اشترى عبدا ثم عبدا ثم مات عتق
الثاني لانه موصوف بالاخرية لان الاخر اسم لفرد لاحق لا يشاركه غيره فيه
والثاني بهذه الصفة فيعتق لكن يعتق عند ابي حنيفة من يوم اشتراه حتى يعتبر
من جميع المال اذا كان الشرا في وقت الصحة وعندهما يعتق يوم مات المولى حتى يعتبر من
الثلث وجه قولهما ان شرط الحرية كون العبد اخرا ولا يتحقق الاخرية الا بعدم
شرا غيره فصار كانه قال ان لم اشتر عليك عبدا اخر فانت حر فلو قال هذا لا يعتق
الثاني ما دام المولى حيا لان الياس عن الشرا لا يتحقق الا بالموت وانما يعتق قبيل الموت
بلا فصل فلذا هنا وجه قول ابي حنيفة ان بالموت عرف ان العبد الثاني

هو

هو اخر عبد اشتراه فثبت العتق مستندا من وقت الشرا لوجود شرط العتق
من ذلك الزمان بخلاف ما قاسا عليه لان ثمة جعل شرط العتق عدم الشرا وعدمه
لا يتحقق الا بالموت فلذا اقتصر على الموت وفي مسلتنا جعل شرط العتق كون
العبد اخرا وقد تبين الاخرية بموت المولى من وقت الشرا الا انا ما كنا نحكم بانه
اخر قبل موت المولى لاحتمال ان يشتري اخر فبالموت تحقق ان الثاني هو الاخر
كما اذا قال لامراته اذا حضت فانت طالق فرات الدم لا نحكم بانها طالق لاحتمال
الانقطاع فاذا رات ثلاثة ايام فحينئذ نحكم بانها طلقت من اول ما رات لزوال
الاحتمال **قوله** وعلى هذا الخلاف تعليق الطلاق الثلث به اي بوصف الاخرية
او بلفظ الاخر بان قال اخر امراة اتزوجها فهي طالق ثلاثا فتزوج امراة ثم مات تطلق
الثانية من حين تزوجها ولا ترث وعندهما تطلق في اخر جزء من حيوة الزوج وتصير الزوج فارا
فترث المراة **قوله** وفايدته اي فايدة هذا الخلاف **قوله** ومن قال كل عبد بشرني
بولادة فلان فهو حر فبشره ثلاثة متفرقين عتق الاول وهذه من مسايل الجامع
الصغير المعاده يعني بشره واحد بعد واحد انما يعتق الاول لا غير لان البشارة يراد بها خبر سار
ليس عند المخبر علم والخبر بهذه الصفة حصل من الاول دون غيره فيعتق الاول خاصة
لوجود شرط الحرية فيه ولهذا يلزم الاول بالعطية خاصة في العرف قال فخر الاسلام
روي ان النبي صلى الله عليه مر بابن مسعود وهو يقرا القران فقال من احب ان يقرا القران
غضا كما نزل فليقرا بقراة ابن ام عبد فابتدر اليه ابو بكر وعمر للبشارة فسبق ابو بكر ثم
اتبعه عمر فكان ابن مسعود متى ذكر قال بشرني به ابو بكر واخبرني به عمر بخلاف ما اذا
بشروه معا حيث يعتق الجميع لتحقق الشرط من جميعهم الا ترى الى قوله تعالى فبشروه بغلام
حليم كيف حقق البشارة للجميع قال الحاكم وان قال عنيت واحدا لم يدين في القضا واما فيما
بينه وبين الله تعالى فيسعه ان يختار منهم واحدا فيمضي عتقه ويمسك البقية يقال بشرته
بالتخفيف بشرا او بشارة بفتح البا وبشرته تبشيرا اما البشارة بكسر البا فهي بمعنى
البشرى اسم لما يبشر به ثم البشارة في اللغة يكون بالخير والشر جميعا الا ان في العرف

يستعمل فيما يسر وينفي الحزن فمن هذا قال صاحب الهداية ويشترط كونه سارا في المعترف والبشرة ظاهر الجلد يقال عان يبشر اذا اخرج ظاهر جلده ومن ذلك قولهم باشر الرجل المرأة اذا الصق بشرته بشرتها **قوله** ولو قال ان اشتريت فلانا فهو حر فاشتراه ينوي به الكفارة عن يمينه لم يجزه وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ذكرها في المبسوط في باب العتق في الظهار يعني قال ان اشتريت فلانا فهو حر ثم اشتراه ناويا عن الكفارة وذلك لان عتق العبد وجب عليه بقوله كان منه فليس له بعد ذلك ان يصرفه الى غيره حتى اذا قال هو حر يوم اشتريه وعني به ان يقع عما عليه من العتق ثم اشتراه اجزاه لاقتران الكفارة بالاعتاق الذي هو علة العتق بخلاف الصورة الاولى حيث لم يقترن نية الكفارة بعلة العتق بل اقترنت بشرط العتق وليس للشرط اثر في ايجاب العتق لان العتق يثبت بقول سابق وهو قوله فهو حر فصار كانه قال عبدي حر ثم نوى عن كفارة يمينه لا يجوز فكذا هنا **قوله** لان الشرط قران النية بعلة العتق وهو اليمين فاما الشرا فشرطه اي لان شرط اجزاء العتق عن كفارة اليمين قران النية باليمين التي هي علة العتق لا قرانها بالشراء الذي هو شرط العتق لان شرط العتق لا اثر له في ايجاب العتق وانما الاثر للاعتاق الذي هو العلة **قوله** وان اشترى اباه ينوي عن كفارة يمينه اجزاه عندنا وهذه من مسائل الجامع الصغير المعاده ذكرها محمد في الاصل في باب العتق في الظهار اعلم انه اذا اشترى اباه او اخاه ناويا عن كفارة اليمين او الظهار او الافطار تجزيه استحسانا وفي القياس لا تجزيه وهو قول ابي حنيفة الاول وزفر والشافعي وكذلك على هذا الخلاف اذا وهبه ابوه او تصدق به عليه او اوصى له به وهو ينوي عن كفارته كذا ذكر شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي وجه القياس ان القرابة المتقدمة هي علة العتق لا الشراء فان الشراء شرط العتق انما اقترنت النية بالشراء الذي هو الشرط لا بالعلة فصار كعتقه بيمين متقدمة بيانه ان الواجب عليه التحرير والشراء ليس بتحرير لمنافات بينهما لان الشرا استجلاب الملك والتحرير ازالة الملك والدليل على ان استحقاق العتق بالقرابة ان احد الشريكين اذا ادعى نسبه بيمين لشريكه نصيبه فيه كما لو اعتقه ضمانا ... هو قوله فيحرز به وقوله عليه السلام لا عرابي مشكل

حسن

حسن ساله عن الاهلاك بالوقاع اعتق رقبة بيانه ان التحرير جعل الشخص المرقوق حرا كالتبييض والتسويد فانهما عبارتان عن جعل المحل ابيض او اسود وقد وجد التحرير مقرونا بالنية عما عليه فجاز عليه اما وجود النية فظاهر واما كون الشرا تحريرا واعتاقا فلما روى اصحابنا في المبسوط وغيره عن النبي صلى الله عليه انه قال لن يجزي ولد والده الا ان يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه اي بالشرا بيانه ان رسول الله صلى الله عليه جعل الولد معتقا لوالده بالشرا فيكون الشراء اعتاقا لا محالة لان العتق المبتدا لم يوجد بالاتفاق فكان اشتراه عتق وكلام الرسول يجب صيانته عن الالغاء فلو لم يكن الشراء اعتاقا لزم الالغا ومثله وارد في كلام العرب كما في قولهم سقاه فارواه اي بالسقي يرويه كما روى صاحب السنن باسناده الى سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه من ملك ذا رحم محرم فهو حر بيانه انه عليه السلم جعل الحرية جزاء للملك والشرا علة الملك فكانه قال من اشترى قريبه فهو حر فيكون الشرا تحريرا واعتاقا وقد اقترنت النية به فجاز عما عليه وهذا خلاف ما اذا ورث اباه ينوي به الكفارة حيث لا يجزيه لان الميراث يدخل في ملك الوارث من غير صنعه واختياره والتكفير ما دي بالتحرير الذي هو صنعه وفي الاسباب السابقة اعني الهبة والوصية والصدقة يحصل صنعه وهو القبول لا انها اذا صرف منفعة الكفارة الى الاب لا يجوز كما في الطعام والكسوة فينبغي ان لا يجوز صرف منفعة الكفارة التحرير اليه لانا نقول في المقيس عليه لا يجوز صرفه الى عبده وفي المقيس يجوز فكذا هنا نظهر الفرق **قوله** ولو اشترى ام ولده لم تجزه وهذه من مسائل الجامع الصغير المعاده قالوا معنى المسئلة ان يستولدها بملك اليمين بالنكاح ثم يقول لها ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني ثم اشتراها فانه يعتق لكن لا تجزي عن الكفارة اما العتق فلوجود الشرط المذكور في اليمين السابقة وهو الشراء واما عدم الاجزاء عن الكفارة فلانها لما استحقت العتق بالاستيلاد لقوله عليه السلم اعتقها ولدها لم يكن العتق مضافا الى الشرا الا الى الاستيلاد علة العتق من وجه والواجب عليه عن كفارة اليمين تحرير كامل لا تحرير من وجه دون وجه بخلاف ما اذا قال لامة الغير ان اشتريتك فانت حرة عن كفارة يميني فاشتراها حيث يعتق

وتجزئ عن كفارة اليمين لان حريتها يضاف الى الشراء فحسب فحصل التحرير الكامل مع خلاف
ما اذا اشترى ذا رحم محرم ناويا للكفارة حيث تجزئ عن الكفارة لان التحرير مضاف الى
الشراء فكان الشراء اعتاقا لا القرابة فوجد التحرير الكامل بالشراء **قوله** فلم تحتمل الاضافة
الى اليمين اي اضافة الحرية الى اليمين لم تحتمل لعدم استحقاق العتق الحرية **قوله** قارنته
النية اي قارنت الشراء نية الكفارة **قوله** ومن قال ان تسريت جارية فهي حرة فتسرى
جارية كانت في ملكه عتقت وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وقال ابو حسن في الجامع
الصغير ان تسرى جارية كانت في ملكه يوم حلف فهي حرة وان تسرى جارية اشتراها
من بعد لم يعتق وهذا عندنا وقال زفر يعتق في الحالين وجه قوله ان التسري لا يصح الا
في الملك فكان ذكر التسري ذكرا للملك فكانه قال ان ملكت جارية فتسريتها فهي حرة كما اذا
قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر يكون النكاح مذكورا دلالة لان الطلاق يصرف (?)
لا يصح بدون سابقة النكاح فكانه قال ان نكحتك فطلقتك فعبدي حر ولنا ان ايجاب
العتق لم يكن مضافا الى الملك ولم يكن في الملك لان التسري عند ابي حنيفة ومحمد عبارة عن ان
يبوئها بيتا ويحصنها وان لم تطلب ولدها وعند ابي يوسف لا يكون تسريا الا بطلب الولد مع هذا
والمراد من طلب الولد ان لا يعزل عنها ولو لم يفعل بها شيئا من هذا ولكن وطئها فجاءت بولد
لم يعتق لانه لم يتسرها وكان ذلك من السوء (?) والتحصين وطلب الولد ليس عبارة عن الملك
ولكن الملك ثبت مقتضى صحة التسري الثابت بالاقتضاء ثابت ضرورة والثابت بالضرورة
يتقدر بقدر الضرورة فلم يظهر الملك في حق صحة الجزاء وهو الحرية فلم يصح اليمين في حق الامة
المشتراة وكذلك المسألة المقيس عليها حيث يثبت ملك النكاح ضرورة صحة الشرط الذي هو
الطلاق فلا يتعدى الى صحة الجزاء حتى لو قال لاجنبية ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فنكحها ثم طلقها
واحدة لا يقع الثلاث لان ملك النكاح ثبت اقتضاء ضرورة صحة الشرط فلم يظهر في حق صحة الجزاء فكان
نظير مسألتنا اما العتق فيما ذكرنا فما صح لثبوت الملك في العبد في الحال فيصح تعليق عتقه بشرط
سيوجد فان قلت ان زفر لا يقول بالاقتضاء ولهذا اذا قال اعتق عبدك عني بالف فاعتق
يقع العتق عن المامور عنده لا عن الامر والمسألة مشهورة فكيف قال ههنا بالاقتضاء قلت

هو يقول

هو يقول ههنا بالدلالة لا بالاقتضاء وفرق ما بينهما ان الاقتضاء يحتاج فيه الى التفكر بخلاف
الدلالة فان الثابت بها يفهم من اللفظ بلا تفكر ولهذا اذا قيل عند فلان تسرى يفهم منه في
اول الوهلة ان عنده جارية مملوكة فلا يرد عليه السؤال ولئن ورد فذاك ان شغلوا به لا بنا
نحن ما التزمنا خلاصه اذا الحق الى الورطة **قوله** وهو شرط اي التسري شرط فيتقدر
بقدره اي يتقدر الملك بقدر الضرورة ذكر الضمير الراجع الى الضرورة بالتذكير على تأويل
الاضطرار **قوله** وفي مسألة الطلاق اراد بها ما اذا قال لاجنبية ان طلقتك فعبدي
حر انما يظهر في حق الشرط اي يظهر ملك النكاح في حق الطلاق الذي هو شرط لا في
حق الجزاء وقد مر بيانه **قوله** فهذه في زان (?) مسألتنا اي هذه المسألة وهي قوله
ان طلقتك فانت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها لا تطلق ثلاثا نظير مسألتنا وهي قوله
ان تسريت جارية فهي حرة لان في كل منهما لم يظهر الملك الثابت ضرورة في حق صحة الجزاء ونظير
مسألة زفر وهي قوله لاجنبية ان طلقتك فعبدي حر ما اذا قال ان تسريت جارية فعبدي
حر فاشتراها فتسراها يعتق العبد واذا تزوجها فطلقها يعتق العبد لان الملك قائم في
العبد في الحال في الصورتين جميعا فالحاصل ان الملك وقع شرطا للشرط الذي هو الطلاق
او التسري فلا يكون شرط الشرط شرطا للجزاء فافهم **قوله** ومن قال كل مملوك لي حر يعتق
عبيده ومدبروه وامهات اولاده وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة اذا قال كل مملوك لي
حر يعتق العبيد والاماء والمدبرون وامهات الاولاد الا المكاتبين والمشترك
بينه وبين غيره وان نواهم عتقوا ايضا كذا في الشامل في قسم المبسوط ومعتق
البعض لا يعتق الا بالنية كذا في شرح الجامع الصغير وان نوى الرجال دون النساء يصدق
فيما بينه وبين الله تعالى ولا يصدق قضاء لان لفظ الجمع على صيغة التذكير يتناول
الذكور والاناث جميعا بدليل ظواهر القران وان قال لم انو المدبرين لم يدين في القضاء
على رواية كتاب العتاق واما على رواية كتاب الايمان فلا يصدق ديانة ولا قضاء وذلك لانه
اضاف العتق الى مملوك مطلق والملك في المدبرين وامهات الاولاد مطلق كامل ولهذا تحل
استخدامهم وكسبهم واستمتاع المدبرة وام الولد ولا يحل الاستمتاع الا بالملك المطلق

وتجب على المولى صدقة الفطر لاجلهم فلما كان الملك فيهم مطلقا تاما كاملا دخلوا تحت
مطلق قوله كل مملوك بخلاف المكاتب فان الملك فيه ناقص الرق كامل ولهذا لا يملك المولى
استخدامه وكسبه ولا يجب عليه صدقة الفطر لاجله ولا يحل له وطي المكاتبة فكان المكاتب
مملوكا من وجه دون وجه لان المولى ما ملكه رقبة لا يدا فلم يدخل تحت مطلق الكلام كما
المختلعة لا تتناولها مطلق قوله كل امراة لي طالق ويعتق البعض مكاتب عبدا في حنيفة الا اذا
نوى المكاتب ويعتق البعض حيث يصح نيته لانه شدد الامر على نفسها **قوله** ومن قال
لنسوة له هذه طالق او هذه وهذه طلقت الاخيرة وله الخيار في الاوليين وهذه من
مسائل الجامع الصغير المعاده ذكرها محمد في الباب الطويل من باب الطلاق وذلك
لان كلمة او لاحد الشيئين وقد دخلت بين الاولى والثانية فاقتضت طلاق احدهما غير عين وله
الخيار في تعيين احديهما ثم لما قال وهذه في المرة الثالثة بحرف الواو طلقت الاخيرة لان
الواو للجمع بين المعطوف والمعطوف عليه وقد جمع بين الاخيرة واحدى الاوليين في الطلاق
فيكون الاخيرة طالقا بلا شك لعدم دخول كلمة الشك فيها وانما الشك في احدى الاوليين
فله الخيار في التعيين لوقوعه على ابهاما شائعا فكانه قال احديكما طالق وهذه وكذا الحكم فيما
اذا قال هذا حر او هذا وهذا عتق الاخير بلا شك وله الخيار في تعيين احد الاوليين فان
قلت لم لا يكون الشك في الثالث ايضا لان الواو للجمع فقد جمع الثالث مع الثانية وفي الثانية
شك فينبغي ان يقع الشك في الثالث ولهذا قال زفر في العبد الاخير في الحال شيء وتخيير بين ان
يوقع على الاولى او على الاخيرين كما اذا قال هذه طالق او هذه بان دخل في قولهما في جامع العتابي قلت
نعم انها للجمع لكن ذكر الثالث بعد وقوع الطلاق على احدى الاوليين غير عين فاقتضت الجمع بين
طلاق الثالث وبين طلاق احدى الاوليين فصار الثالث مراده ما يجاب الطلاق ولذا
العبد الثالث فكانه قال احديكما طالق وهذه واحد كما حرر وهذه قال الحاكم في الكافي اذا قال
انت طالق ثلاثا وثلاثة او ثلاثه فالاولى طالق والخيار في الاخريين **قوله** لان العطف
للمشاركة في الحكم فيختص بمحله اي يختص العطف بمحل الحكم المتعلق من احدى الاوليين
فكانت الثالثة طالقا لان الواو يقتضي الاشتراك في الحكم والحكم هنا هو الطلاق ونظير هذا
ما ذكره

ما ذكره في كتاب الاقرار لو قال لفلان علي الف او لفلان وفلان كان نصف الالف
للثالث والنصف الاخر ان شاء المقر جعله للاول وان شاء جعله للثاني

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج وغير ذلك

من الطلاق والعتاق
والضرب كما اذا قال لا يطلق ولا يعتق ولا يضرب فامر غيره بذلك وسيجيء بيانه ان شاء
الله تعالى قيل لما كانت التصرفات في الايمان في هذه الاشياء اكثر وقوعا بالنسبة الى اليمين في
الحج والصلوة والصوم قدم هذا الباب على باب اليمين في الحج **قوله** ومن حلف لا يبيع
ولا يشترى او لا يواجر فوكل من فعل ذلك لم يحنث وهذه مسئلة القدوري والاصل هنا ان
الفعل اذا كان يتعلق حقوقه بالمباشر لا يجعل فعل المامور كفعل الامر كما اذا حلف لا
يبيع ولا يشتري ولا يوجر ولا يستاجر ولا يقاسم فامر به غيره ففعل لا يحنث لان شرط
الحنث وهو عقد الحالف على هذه الاشياء لم يوجد منه وانما وجد من المامور ولم يجعل فعله كفعل
الامر لان الحقوق يتعلق بالمامور خاصة ولهذا يحنث المامور في فعل هذه الاشياء اذا كان
حالفا الا اذا كان الحالف ممن يلي ذلك بنفسه كالقاضي والسلطان ونحوهما فحينئذ يحنث بفعل
المامور ونوى الحالف ان لا يامر غيره فحينئذ يحنث ايضا بفعل الوكيل لانه تشديد وتغليظ
على نفسه واذا كان لا يتعلق الحقوق بالمباشر بل بالامر فلم يكن له حقوق فحينئذ يكون فعل
المامور كفعل الامر كالنكاح والطلاق والكتابة والضرب والذبح والقتل والهبة والصدقة
والكسوة وقضاء الدين والاقتضاء والخصومة والشركة بان حلف لا يشارك فلانا فامر غيره
فعقد مع فلان عقد الشركة نيابة عنه وتحنث الامر بفعل المامور في هذه الصورة وفي الصلح
روايتان اذا حلف لا يصالح مع فلان فوكل رجلا بالصلح معه لا يحنث وهذه رواية الاملاء
وجعل في السير الكبير الصلح عن دم العمد كالنكاح قال الحاكم في الكافي وان حلف ليضربن عبده
او ليخيطن ثوبه او ليبنين داره فامر غيره بذلك فيمين الا ان يعني ان يليها بيده ولو حلف
على حر ليضربنه فامر غيره فضربه لم يبر حتى يضربه بيده وليس هذا كالعبد واما السلطان
او القاضي اذا قال لا ضربنه فامر غيره فضربه بر الا ان ينوي بيده فيدين في القضاء وفي الكافي
نوادر هشام اذا وجه غيره امراه بغير اذن الحالف ثم ان الحالف اجاز ذلك بالكلمه لا يحنث

وفي مسائل اهل البصرة فيما كتبوا الى محمد بن الحسن اذا حلف لا يتزوج فوكل وكيلا بالنكاح
انه لا يحنث وهو خلاف الاصل كذا ذكر الناطفي في الاجناس **قوله** لانه يمنع نفسه عما
يعتاده اي لان في السلطان كالقاضي ونحوه اذا منع نفسه عن الفعل يمنعها عما هو معتاد له
في ذلك الفعل فاذا حلف لا يبيع ولا يشتري فكانت عادته الامر بالبيع والامر بالشراء بدلا عن الحالف
فيحنث بيمينه بفعل المامور وسلطان كل شي حدته وسطوته ومنه اشتقاق السلطان كذا
قال ابن دريد **قوله** ومن حلف لا يتزوج او لا يطلق او لا يعتق فوكل بذلك حنث وهذا لفظ
القدوري في مختصره وانما حنث بفعل الوكيل لان حقوق العقد راجعة الى الموكل وهذا يضيف
العقد الى الموكل لا الى نفسه وانما الوكيل سفير فكان لسان الوكيل كلسان الموكل فكان الموكل
فعله بنفسه وان قال عنيت ان لا افعل بنفسي صدق ديانة لانه نوى شيئا يحتمله لفظه فصحت نيته
والله تعالى عالم الغيب والشهادة يعلم من ضميره ما لا يعلم غيره ولا يصدق قضاء ولانه خلاف
الظاهر وان كان محتملا **قوله** اليه اي الى الوكيل يعني بلفظ التزوج والطلاق والعتاق
قوله وسيشير الى المعنى في الفرق المراد به قوله في المتن ووجه الفرق ان الطلاق
ليس الا التكلم بكلام يفضي الى وقوع الطلاق عليها الى اخر ما قال **قوله** ولو حلف لا يضرب عبده
او لا يذبح شاته فامر غيره ففعل حنث في يمينه وهذا من مسائل الجامع الصغير المعادة
وذلك لان الفعل ينسب الى الامر وليس فيه حقوق تتعلق بالمامور ومنفعته تعود الى الامر لان
العبد يكون مؤتمرا بامر المولى فكان فعل المامور كفعل الامر ولو قال عنيت ان لا افعل بنفسي
صدق قضاء وديانة بخلاف النكاح والطلاق والعتاق فانه اذا ادعى ان لا يفعل بنفسه لا يصدق
قضاء والفرق ان في تلك الصورة ادعى خلاف الظاهر لان هذه الاشياء امور شرعية يظهر
اثرها في المحل بالامر بها كالتكلم بها سواء فاذا نوى التكلم بها خاصة كان مدعيا خلاف الظاهر
لانه نوى الخصوص من العموم فلم يصدق قضاء بخلاف ضرب العبد وذبح الشاة فانه امر
حسي يعرف باثره ولا يحتاج الى الامر حتى يكون ضربا او ذبحا فانه اذا ضرب عبد الغير او
ذبح شاة غيره يسمى ذلك ضربا او ذبحا وان ذبح بغير امره وانما نسبة الفعل الى الامر بسبيل
التسبيب مجازا فاذا نوى ان لا يفعل ذلك بنفسه صدق قضاء لانه نوى حقيقة كلامه قال الفقيه
ابو الليث

ابي الليث في شرح الجامع الصغير ولا خلاف في هذه المسئلة الا انه روى في الكتاب عن ابي
يوسف ومحمد خاصة ولم يرو عن ابي حنيفة خلاف هنا اراد بالكتاب الجامع الصغير **قوله**
الا ان يتولى ذلك اي ضرب العبد وذبح الشاة **قوله** ينتظمها اي اللفظ ينتظم
التكلم بذلك والامر به لذلك اي بالطلاق والعتاق والنكاح **قوله** ومن حلف لا يضرب
ولده فامر انسانا فضربه لم يحنث في يمينه وهذه المسئلة مذكورة في بعض نسخ الجامع الصغير
دون البعض وانما لم يحنث الحالف بضرب المامور لان منفعة الضرب تتعلق بالولد لان
المقصود من ضربه ازدياد الادب وتحصيل الطريقة المستحسنة ويختار السير الصالحة ويجانب
الافعال المستقبحة ويترك الهوى والشهوة فذلك منفعة خالصة للولد وان كان فيه
للوالد ايضا نفعا فلم يجعل ضرب المامور كضرب الامر بخلاف ضرب العبد فان منفعته
يرجع الى المولى فان المقصود منه ان ينقاد الى المولى ويأتمر بامره ولا يخالفه فكان ضرب
المامور كضرب المولى فحنث بضرب المامور يقال ثقفت الرمح فتثقف اي سويته فاستوى
قوله ومن قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامراته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في
ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث وهذه من خواص مسائل الجامع الصغير والاصل في
معرفة ذلك ان يعرف ان اللام قد يكون للتمليك كقولهم المال لزيد وقد يكون للتعليل وهو
المبني على المعنى الباعث على الفعل كقولهم فعلت هذا الامر لابتغاء مرضاتك اي لاجل ابتغاء
مرضاتك فلما كان مشتركا يجب صرفه الى احد الوجهين لوجود المرجح او التعذر صرفه
الى الاخر والاصل الاخر ان تصحيح الكلام مع مراعاة نظم الكلام اولى من تصحيحه مع تغيير نظامه
والاصل الاخر ان كل فعل يجري فيه الوكالة قد يفعله الفاعل تارة لنفسه وتارة لغيره وما لا
يجري فيه الوكالة لا يفعله لغيره فيتعين اللام فيه للملك فاذا عرفنا هذا فنقول لو قال لغيره
ان بعت لك هذا الثوب فامراته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه في ثياب الحالف فباعه ولم
يعلم لم يحنث لان المعنى ان بعت لاجلك هذا الثوب لانا لو جعلناه للتمليك يتغير نظم الكلام
لان اللام حينئذ يصير صلة للثوب والصلة لا يتقدم على الموصول فلا بد من التقدير فيه
بان يقال معناه ان بعت ثوبا لك تقديرا وتصحيح الكلام مع مراعاة نظم الكلام اولى من

تصحيحه مع تغييره نقلنا معناه ان بعت لاجلك ثوبا لملا بتغير النظم فلم يوجد
البيع من الحالف عليه لعدم امره فلم يحنث اما اذا قال ان بعت ثوبا لك تحنث سواء باعه
بامره او بغير امره لان اللام ذكرت عقيب الثوب فكانت للتمليك فكان شرط الحنث بيع ثوب
مملوك لفلان لا البيع لاجله وقد وجد بيع الثوب المملوك لفلان سواء وجد الامر او لم يوجد
وكذا الحكم في كل فعل تجري فيه الوكالة اذا تقدم اللام على العين يكون للتعليل وان اخر
يكون للتمليك مثل قوله ان خطت لك قميصا او قميصا لك وان صغت خاتما او خاتما لك او
ان اشتريت جارية او جارية لك او ان استاجرت لك دارا او دارا لك او ان بنيت لك دارا او
دارا لك ونحو ذلك لو قال فيما لا تجري فيه الوكالة ان ضربت لك عبدا او ان ضربت عبدا لك
او ان بعت لك ثوبا او صبغت ثوبا لك او دخلت لك دارا او دخلت دارا لك او ان اكلت
طعاما لك او اكلت لك طعاما او شربت لك او شربت شرابا لك تحنث سواء تقدم اللام او تاخر
وسواء فعل بامره او بغير امره لان هذه الاشياء لا تجري فيها الوكالة اذ ليس لهذه
الاشياء عهدة يرجع بها المامور على الآمر فيكون اللام للملك اذ الملك ثابت ولو نوى
غير ذلك يصح نيته لانه نوى ما يحتمله كلامه قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح
الجامع الكبير وكلام الفضيل في القياس سواء الكل الا انه اذا قدم قوله لك في فعل
يجري فيه التوكيل يراد به الفعل لاجله وهي لام التعليل واذا اخر يراد به لام التمليك وفي
فعل لا يجري فيه التوكيل الا ان المراد لام التمليك سواء تقدم او تاخر فاجري الباب
على ما عليه الاعلى في كلام الناس **قوله** فدس الحالف عليه اي دس الشيء اي اخفاه
فيه يدس بالضم دسا **قوله** لان حرف اللام دخل على البيع فيقتضي اختصاصه بمن له
اللام لما كانت مقرونة بالبيع والبيع من الافعال التي تملك بالعقد اقتضت ان يكون
البيع مختصا بالحالف عليه بان يقع فعل البيع للمحلوف عليه ووقوعه له بان يبيعه
بامر المحلوف عليه ولم يوجد البيع بامره فلا يحنث بخلاف ما اذا قال ثوبا لك حيث يحنث
اذا باعه بامره او بغير امره ولا يشترط العلم بذلك لان اللام لما قرنت بالعين وكانت
اقرب الى العين من الفعل اقتضت اختصاص العين بالمحلوف عليه والاختصاص بان يكون
العين

العين ملكا للمحلوف عليه **قوله** ونظيره اي نظير البيع الصياغة والخياطة وتدبير
نطاين **قوله** ولا يفترق الحكم فيه في الوجهين اي لا يفترق حكم الحنث
فيما لا يجري فيه النيابة كالاكل والشرب وضرب الغلام بل يحنث اذا فعله سواء كان
بامره او بغير امره في الوجهين اعني فيما اذا تقدم اللام او تاخر **قوله** ولو قال هذا
العبد حر ان بعته فباعه على انه بالخيار عتق وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قال عبدي هذا حر ان بعته
فباعه على ان البايع بالخيار ثلاثة ايام قال يعتق وكذلك لو قال عبدي هذا حر ان اشتريته
فاشتراه على انه بالخيار قال يعتق اما العتق في الفصل الاول فلان شرط الحنث وهو البيع
قد وجد حال قيام الملك في العبد لان خيار البايع يمنع زوال المبيع عن ملكه فينزل الجزاء
وهو الحرية واما في الفصل الثاني فلذلك لان شرط الحنث قد وجد والملك قائم للمشتري
في المشترى فينزل الجزاء هذا في قولهم جميعا لكن على اصل ابي يوسف ومحمد ظاهر لان خيار
المشتري لا يمنع ثبوت الملك للمشتري لكن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجوده ولو
نجز المشتري العتق في هذه الصورة ينفسخ الخيار ويثبت الملك سابقا على التنجيز فلذا
في التعليق العتق بالشرا اذا وجد الشرا كانه نجز العتق حالة الشرا بخلاف قوله
ان ملكتك فانت حر فاشتراه على انه بالخيار لا يعتق لان شرط الحنث وهو الملك
لم يوجد لان المشتري بالخيار لم يملكه عند ابي حنيفة فلم ينزل الجزاء وبخلاف ما اذا اشترى
ذا رحم محرم منه بالخيار حيث لا يعتق على قول ابي حنيفة لعدم الملك لان الخيار من
المشتري مانع لتملكه **قوله** ومن قال ان لم ابع هذا العبد او هذه الامة فامراته
كذا فاعتق او دبر طلقت امراته وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال ان لم ابع هذا العبد فامراته طالق ثلاثا فاعتقه او دبره
قال امراته طالق ثلاثا وكذلك الجارية يعتقها او يدبرها والمسئلة بحالها اما في الفصل الاول الاول
وهو ما اذا قال ان لم ابع هذا العبد فانما طلقت المراة لانه جعل شرط الحنث عدم البيع وقد تحقق
العدم بالاعتاق والتدبير فصار العبد بحال لا يحتمل البيع فحنث فيه لتحقق الشرط كما اذا

مات الحالف او مات العبد قبل البيع فان قلت سلمنا ان احتمال البيع لم يبق بالاعتاق
ولكن لا نسلم انه لم يبق بالتدبير لانه يجوز فسخ التدبير بقضاء القاضي ويجوز بيعه بعد ذلك
قلت ذاك موهوم فلا يعتبر ولان جواز البيع انما يكون بعد فسخ التدبير لا قبله وقبل
الفسخ هو مدبر لا يجوز بيعه فلما لم يحتمل البيع حينئذ وجد الشرط فنزل الجزاء ثم اذا حصل
الفسخ بعده لم لا يرتفع الطلاق الواقع لانه لا تأثير له فيه واما في الفصل الثاني وهو ما
اذا لم يسلم اي هذه الجارية فانما طلقت المرأة لتحقق الشرط ايضا لان كونها محلا
للبيع قد فات بالاعتاق والتدبير لا يقال لا نسلم ان محل البيع فات اذ من الجائز ان ترتد الجارية
فتلحق بدار الحرب فتسبى فيملك فتباع لانا نقول ذاك موهوم فلا نعتبره او نقول ان الحالف
عقد يمينه على الملك القائم لا على الملك الذي سيوجد وعلى اعتبار هذا الملك اندفع احتمال البيع
بالاعتاق والتدبير فقد تحقق اذن شرط الحنث فنزل الجزاء **قوله** لفوات المحلية
البيع اي بالاعتاق والتدبير **قوله** واذا قالت المرأة لزوجها تزوجت علي فقال كل امرأة
لي طالق ثلاثا طلقت هذه التي حلفته في القضاء وهذه من خواص الجامع الصغير قال فخر الاسلام في شرح
الجامع الصغير وعن ابي يوسف انه قال لا تطلق هذه ومال كثير منهم الى هذا القول لان الزوج
اخرج الكلام جوابا لكلام المرأة فيطابق الجواب على السؤال فكأنه قال كل امرأة لي غيرك
تزوجتها فهي طالق ثلاثا والاستثناء قد يكون دلالة كما يكون افصاحا فيكون الحلف مستثناة
من عموم اللفظ دلالة فينصرف الطلاق الى غيرها ولان غرض الزوج بهذا الكلام
ارضاؤها لا اغاظتها وارضاؤها بطلاق ضرتها لا بطلاق نفسها وجه ظاهر الرواية
ان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولانه زاد على قدر الجواب فيعتبر مبتدئا لا مجيبا لانه لو
اراد الجواب لكفى ان يقول ان فعلت ذلك فهي طالق ثلاثا فلما لم يقتصر على ذلك جعل مبتديا
تحرزا عن الغاء الزيادة ولا نسلم ان غرض الزوج يتعين في ارضائها جزما لان غرضه كما يحتمل
ارضاءها يحتمل اغاظتها ايضا لاعتراضها على الزوج في الامر الذي احله الشارع فلا يلغى عموم
اللفظ بالاحتمال ولو نوى غير الحالفة يصدق ديانة لانه يحتمل كلامه لان العام يحتمل الخصوص
ولكن لا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر **قوله** وهو بطلان غيرها اي ارضاؤها يحصل
بطلاق

بطلاق غير الحالفة فيتقيد اي يتقيد ارضاؤها به اي بطلاق غيرها **قوله** اعترضت عليه
اي على الزوج فيما احله الشارع اي في الشيء الذي احله الشارع وهو التزوج **قوله** ومع التردد
لا يصلح مقيدا اي مع تردد الغرض في الاغاظة والارضاء لا يصلح الغرض مقيدا للارضاء بها
بطلاق غيرها

باب اليمين في الحج والصوم والصلوة

قدم هذا الباب على باب اللبس لفضله العبادة واخره عن الباب المتقدم لقلة وقوع
اليمين بالحج والصوم والصلوة **قوله** ومن قال وهو في الكعبة او في غيرها علي المشي الى
بيت الله او الى الكعبة فعليه حجة او عمرة ماشيا وقال محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الرجل يقول وهو في الكعبة علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة قال يلزمه اما حجة
واما عمرة وقوله وهو في الكعبة من خواص الجامع الصغير وانما قيد بقوله وهو في الكعبة لان ايجاب
الحجة او العمرة لما ثبت بقوله علي المشي الى بيت الله او الى الكعبة مجازا بطريق اطلاق
اسم السبب على المسبب صار كونه في الكعبة وفي بقعة اخرى سواء وذلك لان المشي الى
البيت سبب للوصول الى الحج او العمرة في الجملة فيصير كانه قال علي حجة او عمرة فاذا
قال ذلك لزمه فكذا اذا قال علي المشي الى بيت الله ثم اذا اراد الحج يحرم من الحرم ويخرج الى
عرفات ماشيا فان ركب يلزمه شاة واذا اراد العمرة يخرج الى التنعيم ونحوه ويحرم بالعمرة
من ثمة لان احرام المكي للعمرة خارج الحرم ولم يذكر محمد انه يخرج الى التنعيم ماشيا او راكبا
وقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم جاز له ان يركب وقت الرواح الى التنعيم لان الرواح اليه
ليس بمشي الى بيت الله وانما المشي اليه وقت الرجوع وقال بعضهم يمشي وقت الرواح ايضا لان
الرواح اليه للاحرام فكان مشيا الى بيت الله اعلم ان ايجاب الحجة او العمرة بلفظ
المشي الى البيت او الى الكعبة ليس بقياس لان المشي اثر يحتاج ليس بقربة واجبة ولا مقصودة
في الاصل لان المقصود من المشي شيء آخر لا نفس المشي فكان القياس ان يبطل النذر ولهذا لو
قال لله علي المشي الى بيت المقدس او الى المدينة لا يلزمه شيء ولو قال علي المشي الى بيت الله وهو
ينوي مسجدا من مساجد الله سوى المسجد الحرام لم يلزمه شيء والمسألة في مختصر الكافي للحاكم
ولو قال عليه السفر الى مكة او الذهاب اليها او الركوب اليها لم يلزمه شيء وهي والمشي في القياس

سواء الا انه اخذ في المشي بالاستحسان لان الناس على القياس في معارضة الاجماع
متروك فصار تقدير الكلام لله علي حجة او عمرة ماشيا او لله علي ان احرم بحجة او عمرة
ماشيا والدليل على هذا التقدير ان حقيقة المشي لم يرد ولهذا قالوا اذا ركب يلزمه دم
وانما لم يرد لان المشي ليس بقربة بدليل ما روى اصحابنا في كتبهم كفخر الاسلام وغيره
عن رسول الله صلى الله عليه انه قال من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات
الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعماية ثم اعلم ان مسايل هذا الفصل على
ثلاثة اوجه في وجه يلزمه حجة او عمرة في قولهم جميعا وفي وجه لا يلزمه شي بالاتفاق
وفي وجه اختلفوا فيه اما الوجه الذي يلزمه بالاتفاق فهو ما اذا قال لله علي المشي
الى بيت الله او على المشي الى الكعبة او على المشي الى مكة وفي رواية النوادر الى مكة وكل
ذلك متعارف واما الوجه الذي لا يلزمه شي بالاتفاق فهو اذا ما قال لله علي الخروج
الى بيت الله وكذا اذا ذكر لفظ السعي او السفر او الذهاب او الركوب الا ان لعدم العرف مشكل
واما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو ما اذا قال لله علي المشي الى الحرم او الى المسجد الحرام
قال ابو حنيفة لا يلزمه شي وقال صاحباه يلزمه اما حجة او عمرة وجه قولهما ان الحرم
او المسجد الحرام يشتمل كل واحد منهما البيت فاذا ذكر البيت وحده يلزمه فكذا اذا ذكر ما
يشمله ووجه قول ابي حنيفة ان في لفظ المشي ليس ما ينبي عن الحج او العمرة الا ان في النذر
بالمشي الى البيت لله او الى الكعبة او الى مكة ثبت الحكم بالاجماع خارجا عن القياس فبقي الباقي
على اصل القياس لعدم العرف ولهذا لو قال لله علي المشي الى الصفا او الى المروة او الى باب
بني شيبة لا يلزمه شي بالاتفاق **قوله** وان شاء ركب واراق دما وذلك لما قال محمد في
الاصل بلغنا عن علي ابن ابي طالب انه قال من جعل على نفسه الحج ماشيا حج راكبا وذبح شاة
لركوبه **قوله** التزم ما ليس بقربة واجبة ولا مقصودة في الاصل اراد به المشي وانما قيد
الاصل لانه مباح ليس فيه معنى القربة وانما كونه قربة باعتبار العارض من حيث انه سبب
للوصول الى اداء العبادة فلم يكن مقصودا في الاصل فلما لم يكن القربة مقصودة في المشي كان
ينبغي ان لا يلتزم بالنذر لانها ليست بقربة مقصودة لكن ترك القياس فوجب الحجة او عمرة
استحسانا

استحسانا بالعرف **قوله** وقد ذكرناه في المناسك قبيل كتاب النكاح **قوله** فصار
كذكره كذلك اي ذكر كل واحد من الحرم او المسجد الحرام كذكر البيت **قوله** بخلاف الصفا والمروة
لانهما منفصلان عنه اي عن البيت يعني انهما ليسا مشتملين على البيت بل انهما منفصلان عنه فلم
يكن ذكرهما كذكره **قوله** ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ اي لا يمكن ايجاب التزام
الاحرام باعتبار حقيقة لفظ المشي لان اللفظ لم يوضع عليه والعرف ايضا منتف في قوله
لله علي المشي الى الحرم او المسجد الحرام فلما انتفت الدلالة على الايجاب حقيقة وعرفا امتنع
الايجاب اصلا **قوله** ومن قال عبدي حر ان لم احج العام فقال حججت وشهد شاهدان
انه ضحى العام بالكوفة لم يعتق عبده وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يعتق
وهذه من الخواص قال اصحابنا المختلف بعد ما ذكر قول ابي يوسف مع ابي حنيفة
لم يذكر في الجامع الصغير قول ابي يوسف والفقيه ابو الليث ايضا لم يذكر قول ابي يوسف
في شرح الجامع الصغير وجه قول محمد ان الشهادة على الاثبات تقبل وهذه شهادة
على الاثبات فيقبل وانما قلنا ذلك لانهما شهدا باثبات تضحيته هذا العام بالكوفة فيكون
اثباتا لفظا ومن ضرورة تضحيته هذا العام بالكوفة يلزم عدم حجه بعد العام فيعتق
العبد لتحقق الشرط وهو عدم الحج ولان هذه الشهادة يلزم منها ثبوت العتق فكانت
الشهادة على اثبات معنى فيقبل شهادتهما لقيامهما على الاثبات لفظا ومعنى ولان
الشهادة على النفي انما لا يقبل لوقوعها عن غير علم كما اذا شهدا انه لم يحج هذه السنة حيث
لا يقبل الشهادة بالاتفاق لانه لا يدرى ايهما شهدا عن علم ام بنيا الامر على ظاهر العدم
اما اذا وقعت الشهادة عن علم والشيء مما يعلم ويحاط تقبل الشهادة على النفي وفيما نحن
فيه كذلك لان التضحية ليست بالكوفة السنة اي في الحج هذه السنة ضرورة يدل على هذا ما
ذكره في السير الكبير شاهدان شهدا على رجل انا سمعنا يقول المسيح ابن الله ولم يقل قول
النصارى فبانت منه امراته والرجل يقول انما وصلت به قول النصارى يعني قلت المسيح ابن
الله قول النصارى قال ان الشهادة مقبولة لان ذلك مما يحاط به ويعلم ولهما ان الشهادة
على النفي ليست بمقبولة لانه لا علم للشاهد بذلك وهذه شهادة على النفي في الحقيقة فلا

يقبل وانما قلنا ذلك لان اثبات اليمين انما يكون اذا تحقق عدم الحج والا فلا يكون شهادة
على النفي ولئن قال الشهادة على التضحية وهي اثبات فمن ضروراتها يلزم عدم الحج
ضمنا والضمنيات لا يعلل قلنا الشهادة على الاثبات انما يقبل اذا كان مما يدخل تحت
القضاء والتضحية لا يدخل تحت القضا فلا يقبل الشهادة عليها وذلك لانها لا مطالب
لها من جهة العباد فلا يدخل تحت القضاء لانها ان كانت تطوعا فظاهر وان كانت واجبة
فالقاضي مخير عليها فثبت عدم المطالبة فلما انتفت الشهادة على التضحية بقيت انها
قامت على نفي الحج والشهادة على نفي الحج لا يقبل لما قلنا فبعد ذلك لا يفرق بين نفي ونفي بان
يقال يقبل فيما اذا كان النفي مما يعلم ويحاط ولا يقبل فيما لا يعلم ويحاط بل لا يقبل في كل النفي
تيسيرا ودفعا للحرج عن الناس ولهذا اذا ادعى رجل على رجل انه غصبه وجرحه يوم كذا
فشهد شاهدان ان هذا الرجل في ذلك اليوم كان في مكان كذا وكذا لا يقبل شهادتهما لان
مقصودهما انه لم يخرج ولم يغصب ومسئلة السير قامت الشهادة فيها على امر ثابت معاين
وهو السكوت عقيب قوله المسيح ابن الله فلا يرد علينا نقضا **قوله** ومن حلف لا يصوم
فنوى الصوم وصام ساعة ثم افطر من يومه حنث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة
وانما حنث بصومه ساعة لوجود حقيقة الصوم الذي هو شرط الحنث لان الصوم هو
الامساك عن المفطرات الثلاث مع النية في وقته وقد وجد ذلك فاذا افسد الصوم من بعد لم
ينتقض الحنث لان الحنث لا يكون غير حنث بخلاف ما اذا قال لا يصوم يوما وهي مسئلة الاصل
حيث لا يحنث ما لم يصم من اول النهار الى اخره لانه وقت ما لم يوجد صوم ذلك الوقت لا يحنث
وفيما نحن فيه لم يوقت فوقع على القليل والكثير وكذا اذا قال لا اصوم صوما لا يحنث ما لم
يصم يوما كاملا وهي مسئلة شرح الطحاوي لانه يراد به الصوم المعتبر شرعا وعرفا وذلك
بصوم يوم كامل **قوله** ولو حلف لا يصلي فقام وركع لم يحنث وان سجد مع ذلك ثم قطع حنث
وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وذكر فيه القياس والاستحسان في الاصل فقال
لا يحنث حتى يصلي ركعة وسجدة استحسانا والقياس فيه ان يحنث وجه القياس الاعتبار
بالصوم فان في الصوم يحنث بمجرد الشروع فكان ينبغي ان يكون هنا كذلك الا ترى ان
الناظر

الناظر اليه يسميه مصليا حين افتتح الصلوة ووجه الاستحسان ما قال في شرح
الجامع الصغير ان الصلوة يشتمل على افعال مختلفة من التكبير والقيام والركوع والسجود فما لم
يات بجميعها لم يحنث بخلاف الصوم فانه عبارة عن الامساك فاذا وجد مجرد الامساك
حنث قال الفقيه لا فرق بينهما في الحاصل لان في الصوم اذا صام ساعة فبعده يتكرر
من جنس ما مضى واذا صلى ركعة فبعده يتكرر من جنس ما مضى فصار صوم ساعة بمنزلة صلوة
ركعة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي صلوة لا يحنث ما لم يصل ركعتين لانه يراد بالصلوة في العرف
الصلوة المعتبرة شرعا وادنى ذلك ركعتان لورود النهي عن البتيراء او نقول ان الصلوة
لا يكون اقل من ركعتين لكن يكون مصليا بركعة قوله تعالى واذا كنت فيهم فاقمت لهم الصلوة فسمى
الركعتين صلوة ثم قال ولتات طائفة اخرى لم يصلوا فليصلوا معك فسماهم مصلين بركعة واحدة
قلت لقايل ان يقول ينبغي ان لا يحنث بمجرد اتيان الركعتين ما لم يات بالقعدة لان
الصلوة لا يكون معتبرة بدون القعدة شرعا قال في التحفة ولو حلف لا يصلي الظهر لا يحنث ما لم
يقعد القعدة الاخيرة لان صلوة الظهر مقدرة بالاربع رجل قال لعبده ان صليت ركعة فانت
حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى كذا في خلاصة الفتاوى
لانه في الصورة الاولى لم يصل ركعة لانها شر بخلاف الثانية **قوله** للنهي عن البتيراء قال
صاحب المغرب البتيراء تصغير البتراء تانيث الابتر وهو في الاصل المقطوع الذنب ثم جعل عبارة عن
الناقص

باب اليمين في لبس الثياب والحلي وغير ذلك

قدم باب اللبس على باب القتل والضرب لكثرة وجوده او لكونه مشروعا بخلاف قتل فلان
وضربه **قوله** ومن قال لامراته ان لبست من غزلك فهو هدي فاشترى قطنا فغزلته
ونسجته فلبسه فهو هدي عند ابي حنيفة وقالا ليس عليه ان يهدي حتى تغزله من قطن
ملكه يوم حلف وهذه من خواص الجامع الصغير لهما ان اليمين لا يصح الا في الملك او مضافا الى
سبب الملك والغزل واللبس ليسا من اسباب الملك فلا يصح اليمين في حق القطن المشترا
بعد الحلف وهذا هو القياس ولابي حنيفة ان العادة الفاشية بين الناس ان المراة تغزل من
قطن زوجها الا نادرا ومبنى الايمان على العرف والعادة فيكون مقيدا بالعادة فكانه قال ان لبست

من غزلك من قطن اشتراه فلو قال هكذا اينما ول القطن الحادث قلنا هذا ولا نسلم ان الغزل
ليس من اسباب الملك الا ترى ان من غصب قطن انسان وغزله يملكه بالضمان ولهذا لحنث
بلبس القطن المغزول المملوك يوم الندف ان القطن المملوك يوم النذر ليس بمذكور
وقت اليمين لكنه اريد للدلالة العادة فكذا في المشترا فكانت الاضافة الى غزلها
اضافة الى ملكه عادة ثم الهدي اسم لما يهدى الى مكة اي ينقل اليها للتصدق ثم اذا
نذر ان يهدي ثوبا جاز له ان يتصدق به على مساكين مكة وغيرهم ولو نذر ان يهدي
نعما لا يجوز الا ان يذبح بمكة ويتصدق به ولو تصدق بقيمتها لا يجوز ولا يجوز الا ان
ملك ان يهدي شاة يذبح ثم اذا سرق لا شيء عليه كذا ذكر صاحب الاجناس وذلك لقوله
تعالى محلها الى البيت العتيق واذا نذر ما لا ينقل كالعقار يلزمه نذرا بالقيمة لتعذر نقل العين قوله
وذلك سبب لملكه اي الغزل سبب لملك النوع قوله ولهذا الحنث ايضاح لقوله وذلك
سبب لملكه وقد اندرج بيانه بما ذكرنا قوله ومن حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم
فضة لم يحنث وهذا من مسائل الجامع الصغير المعادة وانما لم يحنث بخاتم الفضة لانه ليس
من الحلي بدلالة حل استعماله للرجال فلو كان حليا حرم عليهم كما تحرم ساير الحلي بخلاف
السوار والخلخال والقلادة والقرط فانه يحنث بلبس كل واحد منهما وان كان فضة لانه لا
تحل استعماله للرجال فكان حليا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وان كان الخاتم مما لا
يلبسه النساء يجب ان يحنث كذلك قال بعضهم وقيل لا غيره بالعادة بل لا يحنث الا هنا المطلق
رحمه الله واراد بقوله مما يلبسه النساء ان يكون خاتم الفضة على هيئة خاتم النساء بان يكون
عليه فص قالوا في شروح الجامع الصغير وان كان الخاتم من ذهب يحنث لانه حلي لانه يحرم للرجال
لبسه الحلي في اللغة كل ما يلبس من ذهب او فضة او جوهر كذا قال صاحب الجمهرة لكن لم نقل بان
خاتم الفضة حلي لعرف الناس واطلاق الشرع للرجال قوله ولو لبس عقد لؤلؤ غير
مرصع لا يحنث عند ابي حنيفة وقالا يحنث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة صورتها
في رجل حلف لا يلبس حليا فلبس لؤلؤا قال لا يحنث الا ان يكون معه ذهب فيحنث قال محمد
وكذلك الفضة وقال ابو يوسف ومحمد اللؤلؤ حلي لما قوله تعالى وتستخرجون منه حلية
يلبسونها

يلبسونها بيانه ان المستخرج من البحر هو اللؤلؤ غير مرصع وقد سماه الله تعالى حلية فيحنث
في تلبسه لانه ليس حليا من الحلي بفتح الحاء وسكون اللام يعني الحلية بكسر اللام وجمع الحلي
حلي بضم الحاء وكسر اللام وتشديد اليا وجمع الحلية حلى بالكسر والقصر وقد جا ضم
الحاء في قليل الاستعمال كما جا في لحى جمع لحية ضم اللام ايضا ولابي حنيفة ان التحلي
باللؤلؤ لم يجز في عرف الناس الا مرصعا فلا يعتبر اللؤلؤ وحده حليا فلا يحنث بلبسه
وهذا لان مبنى الايمان على العرف لا على الفاظ القران الا ترى انه لو حلف لا يجلس في السراج
فجلس في الشمس لا يحنث وان كان قال الله تعالى وجعل الشمس سراجا وبه ما قال
الله تعالى بعد ذلك الاية ومن كل تاكلون لحما طريا فان حلف ان لا ياكل لحما فاكل لحم السمك
لا يحنث لعادة الناس وان سمي في القران لحما فكذا في اللؤلؤ على انا نقول الله تعالى
سماه حلية مجازا باعتبار المال قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وقيل على قياس
قوله لا باس بان يلبس الغلمان اللؤلؤ وكذلك الرجال وقياس ابو حنيفة اللؤلؤ بالذهب
والفضة لانه لا يكون حليا الا بصيغة بصاغ فكذا في اللؤلؤ لا يكون حليا الا بالترصيع
قال الصدر الشهيد فعلى هذا اذا علقت المراة في عنقها شيئا من الذهب والفضة غير مصوغ
لم تحنث قال صاحب المختلف قيل هذا اختلاف زمان كان لا يتحلى به في زمانه وحده وفي
زمانهما كان يتحلى به وحده وقال الفقيه ابو الليث كل واحد منهم قال على عادة زمانه قال
صاحب الهداية يفتى بقولهما لانه اعتبر على عادة زماننا والترصيع التركيب يقال تاج مرصع
بالجواهر كذا ذكره الجوهري وغيره قوله ومن حلف لا ينام على فراش فنام وفوقه قرام حنث
وهذه من مسائل القدوري في اخر الباب كمسئلة النوم على الفراش بعد لبس الحلي لان كلا
منهما من اسباب البر اعلم ان الاصل هنا ان الشي اذا كان فوق شي فان كان الاعلى يصلح ان
يكون اصلا بنفسه يضاف الجلوس والنوم اليه لا الى الذي تحته وان كان الاعلى تبعا يضاف الى ما تحته
بعد ذلك يقول اذا حلف لا ينام على فراش فجعل فوق الفراش قراما فنام على القرام
حنث لان القرام يستعمل تبعا للفراش فيعد النايم عليه نايما على الفراش اما اذا جعل على الفراش
المحلوف عليه فراش اخر فنام على الفراش الاعلى الذي ليس بمحلوف عليه لا يحنث لان الاعلى مثل

الاسفل فلا يكون تبعا له فيقطع الاعلى نسبة النوم الى الاسفل وهذا قضية ظاهر الرواية
عن اصحابنا وهي رواية الجامع الصغير قال صاحب المختلف قال ابو يوسف في الامالي يحنث
لانه نام عليهما جميعا ويقال في العرف ايضا نام على فراشين واراد بقوله لا ينام على فراش
اي على فراش معين بدليل قوله وان جعل فوقه فراش اخر فنام عليه لا يحنث فلو كان المراد
منه منكرا يحنث لانه نام على فراش القرام الستر الرقيق كذا في الجمهرة **قوله** ولو حلف
لا يجلس على الارض فجلس على بساط او حصير لم يحنث وذلك لان البساط والحصير سبب
الجلوس على الارض ولهذا لا يسمى الجالس على البساط او على الحصير جالسا على الارض الا ترى
الا ترى انهم يقولون جلس على الحصير ولا يجلس على الارض بخلاف ما اذا حال ثيابه فجلس
على ذيله حيث يحنث لانه يعد جالسا على الارض ولا يجعل الذيل حاجزا لكونه تابعا للجالس
قوله حال بينه وبين الارض لباسه اي صار لباس الحالف حائلا اي حاجزا بين الحالف
وبين الارض **قوله** لانه تبع له اي لان لباس الحالف تبع للحالف **قوله** ولو حلف لا
يجلس على سرير فجلس على سرير فوقه بساط او حصير حنث وذلك لان الجالس على بساط فوق
السرير يسمى جالسا على السرير الا ترى انهم يقولون جلس الامير على السرير وان كان فوق
السرير بساط فيعد تبعا للسرير بخلاف البساط على الارض حيث لا يعد الجالس
على البساط جالسا على الارض بخلاف ما اذا جعل على السرير المحلوف عليه سريرا اخر فجلس
على الاعلى لا يحنث لان الاعلى مثل الاسفل فلا يكون تابعا للاسفل وروى ابو يوسف في هذا ومنها اذا
نام على فراشين بالعرف لانه يقال نام على فراشين ولا يقال جلس على سريرين ان كان احدهما
فوق الاخر وكذلك الحكم في الدكان والسطح اذا بسط عليه بساطا فجلس عليه حنث فاذا بنى دكانا
فوق ذلك الدكان المحلوف عليه او جعل سطحا اخر فوق ذلك السطح المحلوف عليه فجلس على
الاعلى لا يحنث لان الاعلى يقطع النسبة عن الاسفل الا ترى ان الصلوة على السطح الاصطبل والكنيف
تكره هنا ولو بنى على ذلك السطح اخر لم يكره عليه الصلوة كذا قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح
الجامع قال الحاكم الشهيد في الكافي وان حلف لا يمشي على الارض فمشى عليها بنعل او خف حنث وان حلف
على بساط لم يحنث وان مشى على ظهر احجار حنث لانه من الارض **باب**

اليمين في الضرب والقتل وغيره **قوله** ومن قال ان ضربتك فعبدي
حر فهو على الحيوة وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها في محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في رجل قال لاخر ان غسلتك فعبدي حر فغسله بعد ما مات يحنث هذا على
الحياة والممات ولو قال ان ضربتك فعبدي حر فهذا على الحيوة وكذلك الكسوة و
الكلام والدخول اما الغسل فانما لا يختص بحالة الحيوة لانه يتحقق بصورته ومعناه في
الميت لان صورته هي اسالة الماء على العضو وهي تحصل في الميت كما تحصل في الحي ومعناه
التطهير وازالة الدرن وذلك يتحقق في الميت واما الضرب فلان حقيقته استعمال
الة التاديب في المحل الصالح له والتاديب لا يتصور في الميت ولان المراد بالضرب الايلام
والايجاع والميت لا يتالم فلا يسمى ضربه ضربا ولا يلزم على هذا عذاب القبر فان الله تعالى قادر
على ان الخلق يحيون بقدر ما يحس بالالم وليس للعبد تلك القدرة واما الكسوة فعبارة
عن تمليك الثوب في لغة العرب والميت ليس باهل التمليك الا ترى الى قوله تعالى او كسوتهم فلو
كسى عشرة اثواب عن الكفارات بينه لم تجزه لعدم التمليك لو نوى به ان الرجل لو قال
كسوتك هذا الثوب يصير هبة قال الفقيه ابو الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغي ان
يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس ولا يراد به التمليك واما الكلام فلانه وضع
في غير موضعه فلا يعتبر كما اذا كلم فلانا وهو غايب لا يحنث ولان المقصود من الكلام الافهام و
الميت ليس باهل للفهم الا ترى الى قوله تعالى انك لا تسمع الموتى وقوله وما انت بمسمع من في القبور
فان **قلت** جاء في الخبر ان النبي صلى الله عليه قال يوم بدر قد وجدنا ما وعدنا ربنا
حقا فهل وجدتم ما وعد ربكم حقا فقيل يا رسول الله انهم يسمعون قال انهم يسمعون كما
تسمعون قلنا انما اراد به انهم يعلمون ان الذي قلت لهم حق واما الدخول فلانه يراد به الزيارة
الا ترى انه لا يقال دخل على دابة او دخل على حائط فلما لم يكن الدخول على شيء دخولا عليه
اذا لم يكن من اهل اليمين لم يحنث في يمينه لا يدخل على فلان اذا دخل عليه بعد الموت وهذا لان
زيارة عين الميت لا يكون لان المزور قبره لا عينه الا ترى الى قوله صلى الله عليه كنت نهيتكم
عن زيارة القبور الا فزوروها قال في شرح الطحاوي والاصل في هذا ان كل فعل يلذ ويولم ويغم ويسر

يقع على الحيوة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه فان قلت يرد على
ما ذكرت قبل هذا ان المراد بالضرب الايلام قوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث
والضغث في اللغة ما جمعته بكفك من نبات الارض فانتزعته قال الشاعر وجمعت ضغثا
من خلا متطيب كذا قال صاحب الجمهرة وبهذا القدر لا يحصل الايلام وورد ايضا في التفسير هو الحزمة
الصغيرة من حشيش او ريحان قلت قد روي عن ابن عباس ان الحزمة قبضة من الشجر
فعلى هذا لا يتحقق نفي الايلام اصلا في ضرب ايوب امراته فلا يرد علينا وقد روي في
الكشاف عن النبي صلى الله عليه انه اتي بمخدج قد خبث بامة فقال خذوا عثكالا فيه مائة شمراخ
فاضربوه بها ضربة ولئن تحقق عدم الايلام في ضرب ايوب فنقول ذلك رخصة في
حق صاحبه حيث حلل الله يمينه باهون شي لرضاه عن امراته وحسن خدمتها اياه وكلامنا
في العزيمة فلا يقاس على ما ثبت رخصة بخلاف القياس غيره قال في الشامل في قسم المبسوط
حلف ليضربنه مائة سوط فجمع مائة سوط وضربه مرة ان اصاب كل جسده لا يحنث
والا يحنث واستدل بالآية المذكورة قوله ومن تعذيب في القبر توضع فيه الحيوة في
قول العامة جواب سؤال مقدر اندرج بيانه فيما قررنا واحترز بقوله في قول العامة عن
قول الكرامية والصالحية فانهم لا يشترطون الحيوة شرطا للتعذيب الميت وقد عرفت
كتب الكلام قوله ومن حلف لا يضرب امراته فمد شعرها او خنقها او عضها حنث وهذه
مسائل الجامع الصغير المعادة وكذلك اذا قرصها او وجاها ذكره في الايضاح الاصل قال
بعض مشايخنا ينبغي ان لا يحنث لانه لا يتعارف ضربا فاجاب وقالوا ان الضرب اسم لفعل
مولم يتصل الى البدن فيتم تلبه فيحنث بقصده في هذه الاشيا قال فخر الاسلام في شرح
الجامع الصغير هذا اذا كان في الغضب فاما اذا كان يلاعبها فضربها براسه خطا منه فاصاب
انفها فادماه والمها لم يحنث لان هذا لا يعد ضربا ونقل في التتمة والفتاوى الصغرى عن
الفقيه ابو الليث انه قال هذا في العربية اما اذا كانت بالفارسية لا يحنث يعني بمد الشعر والخنق
والعض ونقل فصلا عن الفتاوي عن المنتقى اذا حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه واصاب
وجهه او رماه بحجر او نشابة فاصابه لا يحنث قوله ومن قال ان قتلت فلانا فامراته كذا وفلان

ميت وهو عالم به حنث وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة اعلم انه اذا حلف على
قتل فلان وهو عالم بموت فلان ينعقد يمينه لتصور البر لانه اذا حلف وهو عالم بموته عقد
يمينه على حيوة يحدثها الله تعالى وهي ممكنة بالنظر الى قدرة الله لكنه يحنث في الحال ويجب عليه
الكفارة للعجز عادة عن قتله بخلاف ما اذا لم يعلم بموته حيث لا ينعقد يمينه ولا يحنث لانه عقدت
اليمين على الحيوة القائمة فيه وهي منعدمة فلم يتصور البر فيها لم يتصور البر لم يتصور
الحنث وعند ابي يوسف يحنث كما قال في مسئلة الكوز لان تصور البر ليس بشرط عنده وقد
مر تقرير ذلك في مسئلة الكوز وفي باب اليمين في الاكل والشرب قوله وهو عالم به اي
بموت فلان وهي جملة حالية والمتصور اي احداث الحيوة في فلان متصور قوله للعجز العادي اي
هو منسوب الى العادة والاصل ان الاسم الذي في اخره بالياء اذا نسب حذف منه
الياء كما يقال في بصري بصري وفي كوفة كوفي وقد عرفت في موضعه قوله وليس في تلك
المسئلة تفصيل العلم اي في مسئلة الكوز وهي ما اذا قال ان لم اشرب الماء الذي في هذه الكوز
اليوم فامراته طالق وليس في الكوز ماء لم يحنث سواء علم عدم الماء في الكوز او لم يعلم بخلاف
قتل فلان فانه اذا علم بموته يحنث واذا لم يعلم لا يحنث والفرق قد حققناه في مسئلة الكوز قوله
هو الصحيح احتراز عن قول مشايخ العراق فانهم قالوا في مسئلة الكوز هذا اذا لم يعلم اي
عدم الحنث عند ابي حنيفة ومحمد فيما اذا لم يعلم بعدم الماء في الكوز فاما اذا يعلم فيجب ان يصح
فيحنث نقل قولهم فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير

باب اليمين في تقاضي الدراهم

اخر هذا الباب لكون الدراهم من الوسائل لا المقاصد وتخصيص
الدراهم بالذكر دون الدنانير لكثرة استعمالها بين الناس وتقاضي الدين طلب استقضايه وهو طلب
قضايه فلما كان التقاضي سببا لقضا الدين وقبضه ترجم الناس به قوله ومن حلف ليقضين
دينه الى قريب فهو ما دون الشهر وان قال الى بعيد فهو اكثر من الشهر وهذا لفظ القدوري
في مختصره قال الشافعي لا حد لذلك كذا في شرح الاقطع وهذا فيما اذا لم ينو شيئا اما اذا نوى
فهو على ما نوى بدليل ما ذكر في الاجناس وقال لو حلف وقال والله لا اكلمك قريبا فهو
على اقل من شهر بيوم ثم قال ابو حسبه ان نوى اكثر من شهر يدين في القضا نقلا عن كتاب

الايمان انملاء رواية ابى سليمان قال في الفتاوى الولوالجى لو قال لا عطين حقك عاجلا وهو ينوى وقتا فهو على ما نوى فان نوى سنة لان الدنيا كلها قريب عاجل ثم اذا لم يكن له نية
يراد بالقريب ما دون الشهر وبالبعيد يراد به شهر فما فوقه بناء على استعمال الناس
لانهم يعدون ما دون الشهر قريبا ولهذا يجعلون في المعاملات في الاجال شهرا فان
قيل ما من زمان الا وهو قريب بالاضافة الى ما هو فوقه وبعيد بالاضافة الى ما هو دونه
فلم يكن دليل على ارادة البعض دون البعض **قلت** لا نسلم عدم الدلالة وكيف يقال
ذلك والعرف دليل عليه والحنث في الايمان ان يحمل اللفظ على ما يعرف في العرف ولا يعتبر
الاضافة لانه حينئذ يلزم جمع بين المتنافيين وهكذا نا شد **قوله** ومن حلف ليقضين
فلانا دينه اليوم فقضاه ثم وجد فلان بعضها زيوفا او نبهرجة او مستحقة لم يحنث
الحالف وهذا اللفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان وجدها رصاصا او ستوقة
حنث وذلك لان الزيوف والنبهرج من جنس الدراهم ولهذا يجوز اخذهما في بدل الصرف فيبرأ بالتعين
بهما سواء تخلف على القبض او على الدفع وكذلك قبض الدراهم المستحقة صحيح ولهذا لو اجاز
المالك جاز ولو ضمن الدافع يتعدد ذلك اذا رد الزيوف او النبهرج او استرد المستحق استحق
القبض في حق حكم يقبل الانتقاض والبر لا يقبل الانتقاض الا ترى ان من حلف المكاتب اذا ادى
بدل الكتابة ثم بسبب انه زيف او نبهرج او استرد البدل بالاستحقاق لا يسقط العتق فلذا
هنا بخلاف ما اذا كانت الدراهم المقضية رصاصا او ستوقة حيث يحنث اذا خرج اليوم ولم يستبدل
الجياد في اليوم لان القضاء لم يقع بها لانها ليست من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز اخذها في ثمن
الصرف لهذا لو وجد مولى المكاتب بدل الكتابة رصاصا او ستوقة لا يعتق المكاتب كذا قال
الشيخ ابو المعين النسفي وغيره في شرح الجامع الكبير والزيف ما زيفه بيت المال ولكن يروج
فيما بين التجار والنبهرج ما يرده التجار للغش فيه ويراد بها من الزيوف والستوقة فارسية معربة
ومعناها ثلاث طاقات لانها صفر مموه من الجانبين بالفضة **قوله** ولهذا الحقوق به صار مستوفيا
اي تحقق الدائن باخذ الزيف والنبهرج يعني اذا تسامح بقبضه يكون مستوفيا حقه يقال زافت عليه
دراهمه اي صارت مردودة لغش فيها وقد زيفت اي ردت ودرهم زيوف وزيف وقياس جمعه

الزيوف

الزيوف فاما الزيافة فمن لغة الفقهاء لذا قال صاحب المغرب **قوله** وان باعه بها عبدا او
قبضه بر في يمينه اي باع الحالف المديون رب الدين بالدراهم التي لرب الدين على الحالف عبدا او
صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقول ان لم اقبض
دراهمك التي لك علي فعبدي حر فسمعه بها عبدا ثم يقبضه قال قد قضاه وقد بر وان
وهبها له لم يبر وذلك لان قضاء الدين بالمقاصة وقد حصلت المقاصة فيحصل القضاء فيبر
في يمينه بيانه ان حق رب الدين في الدين لا في العين والقضاء لا يتحقق في نفس الدين لانه وصف
ثابت في الذمة ولا كن ما يقبضه رب الدين من العين يصير مضمونا عليه لانه قبضه على وجه
التملك بنفسه فكان دينا عليه للمديون ولرب الدين على المديون مثله فالتقى الدينان قصاصا
وهذا معنى قول اصحابنا الديون تقضى بامثالها لا باعيانها ثم قضاء الدين يحصل بمجرد البيع
قبض الداين العبد ولم يقبض ولكن قيد القبض في رواية الجامع الصغير وقع لبيان تاكد البيع بالقبض
لان المبيع اذا هلك قبل القبض ينفسخ البيع لكن لا يرتفع البر لانه لا يقبل الاسقاط هذا الذي
قلنا في البيع الصحيح اما في البيع الفاسد اذا قبض العبد فان كان في قيمته وفاء بالحق بر
والا حنث لانه مضمون بالقيمة الى هذا اشار الولوالجى في فتاواه قال محمد وان وهبها له لم يبر
اي ان وهب الداين دراهم الدين للمديون لم يبر لان شرط البر القضاء ولم يوجد لعدم
المقاصة ولان القضاء فعل المديون بالاداء والهبة فعل الداين بالابراء فلا يكون
فعل احدهما فعلا للاخر فلا يبر المديون بفعل الداين قال بعضهم في شرحه ناقلا عن الفوائد
الظهيرية اذا لم يبر لم يحنث ايضا عندهما لفوات المحلوف عليه وهو الدين وفوات اليمين عندهما
جهة في بطلان اليمين على ما عرف في مسئلة الكوز ولنا فيه نظر لانه حينئذ يلزم ارتفاع
النقيضين وهو فاسد لان البر نقيض الحنث فمن وجود احدهما يلزم وجود الاخر فلا يجوز
ان يرتفعا جميعا وفي مسئلة الكوز لا يخلو اما ان يكون اليمين موقتة بذكر اليوم او مطلقة
عن ذكره فان كانت موقتة لا يحنث عندهما سواء كانت فيه الماء فاهريق قبل الليل او لم
يكن فيه ماء اصلا ولا يقال انه لا يحنث ولا يبر وان كانت مطلقة فان لم يكن فيه ماء اصلا لم يحنث
عندهما اذا ذكر اليوم لعدم تصور البر وان كان فيه ماء فاهريق قبل الليل حنث بالاتفاق لان التحر

حسبي الله وحده
من الكتب التي وقفها الفقير
الى الله [illegible] ذي المواهب
محمد [illegible] الصدر [illegible]
[illegible]

وجب عليه في الحال فيفوت المحلوف عليه فيحنث وهذا تقرير ذلك صاحب الهداية في مسئلة
الجامع الصغير ولهذا اشار اليه بقوله وكان شرط القبض ليتقرر به وفي الجامع الصغير
لم يكن كل اليوم ثم لما حصلت الهبة فات البر الواجب عليه بقضاء الدين في الحال فيحنث لا محالة
بخلاف ما اذا ذكر اليوم بان قال لنقضين دينك اليوم كما هي مسئلة القدوري ولم يذكر فيها
الهبة ومع هذا اذا وهب الدائن الدين في اليوم لا يحنث وهي مذكورة في خلاصة الفتاوى
وغيرها لان البر يجب عليه في الجزء الاخير من اليوم وعند ذلك فات المحلوف عليه كما في مسئلة
الكوز اذا ذكر اليوم فاهريق الماء قبل الليل لم يحنث عندهما ولكن لا يقال انه بر فافهم
حتى يتخلص عن ورطة التقليد الا ترى الى ما قال الكرخي في مختصره ولو كان الطالب حلف
لياخذن ماله وليقبضنه او ليستوفينه ولم يوقت فابراه من المال او وهبه
له حنث في يمينه لان الهبة والبراءة ليست باخذ ولا قبض ولا استيفاء ولو كان
وقت وقتا فقال اليوم كذا وكذا فابراه قبل ذلك او وهبه له لم يحنث عند ابي حنيفة   او الحج
ومحمد اذا جاوز ذلك الوقت ويحنث عند ابي يوسف الى هنا لفظ الكرخي **قوله**
وكان شرط القبض ليتقرر به اي كان محمد شرط القبض في قوله وقبضه ليتقرر البيع
بالقبض **قوله** وان وهبها له اي الدراهم الدين المذكور **قوله** ومن حلف
لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لم يحنث وهذا لفظ القدوري في
مختصره قال في الجامع الكبير اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدي حر ان اخذتها
منك اليوم درهما دون درهم فاخذ منها خمسة ولم ياخذ ما بقي حتى غابت الشمس لم يحنث
لان شرط حنثه اخذ كل المائة على التفريق فكانه قال ان اخذت المائة متفرقة فلو
قال هكذا لا يحنث ما لم يوجد قبض الكل بصفة التفريق فاما اذا اخذ الكل مجتمعا او قبض
البعض متفرقا لم يحنث لانعدام شرط الحنث ولو قال ان اخذت منها اليوم منك درهما
دون درهم فاخذ خمسة دراهم ولم ياخذ ما بقي حتى غابت الشمس حنث لان شرط الحنث
اخذ بعض المائة متفرقا لان كلمة من للتبعيض وقد وجد شرط الحنث فيحنث **قوله** لان
الشرط قبض الكل اي لان شرط الحنث قبض كل الدين متفرقا **قوله** الا ترى الصياح
لكون .

لكون الشرط قبض الكل لا انه اضاف القبض الى دين معروف حيث قال لا يقبض دينه **قوله**
فلا يحنث الا بالاتيان بالشرط المذكور وهو قبض الكل متفرقا **قوله** فان قبض دينه في وزنين
لم يتشاغل بينهما الا بعمل الوزن لم يحنث هذا الذي ذكره القدوري استحسانا والقياس
ان يحنث كذا ذكر الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وذلك لان شرط الحنث قبض
الكل متفرقا وقد حصل ذلك لانه لما وزن خمسين فدفعها اليه ثم وزن خمسين اخرى فدفعها
اليه حصل قبض الكل بصفة التفرق لا محالة ولكن لا يحنث في الاستحسان لان الناس يعدون
هذا قبض الجملة دفعة واحدة فيقولون قبض فلان حقه دفعة واحدة والمعنى الجامع الموجب
للاتحاد وهو المجلس موجود ولان المال الحال كثيرا لا يمكن قبض جملته الا بهذا الطريق فصار هذا
هذا القدر من التفرق مما لا يمكن الامتناع عنه فيجعل مستثنى عن اليمين دلالة الحال لان
قصد كل حالف من يمينه البر لا الحنث ولهذا لو حلف لا يلبس ثوبا وهو لابسه فاخذ في النزع كان
زمان النزع مستثنى ولو حلف لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها فاخذ في النقل كان زمان
النقل مستثنى واوضح محمد رحمه الله المسئلة بالعدديات فقال الا ترى ان الدين لو كان شيئا عدديا
فجعل يعد عشرة عشرة او مائة مائة ويدفعها اليه لا يحنث ويعتبر قابضا جملة والمعنى كون
الامتناع عنه غير ممكن **قوله** ومن قال ان كان لي الا مائة درهم فامراته طالق فلم
يملك الا خمسين درهما لم يحنث وهذه من خواص الجامع الصغير وذلك لان شرط الحنث
ملك ما زاد على المائة فلم يوجد الشرط فيما دون المائة فلا يحنث ولانه استثنى المائة فيكون
مستثنيا الخمسين ضرورة لان استثناها لا يكون الا بجميع اجزائها والخمسون من اجزائها
ولذا اذا قال سوى مائة او غير مائة لان كلا منهما يؤدي معنى الا فكان حكمهما حكم الا
متفرقة اي هذه مسائل قد جرت عادة المصنفين ان يذكروا ما شذ من المسائل في كل كتاب
في اخر ابوابه استدراكا له وكذلك قال صاحب الهداية مسائل متفرقة **قوله** ولو حلف
لا يفعل كذا تركه ابدا هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه اذا حلف ليفعلن كذا
فعله مرة واحدة بر في يمينه اما في الصورة الاولى فانما لزمه الترك ابدا لانه نفى فعل
ذلك الشيء مطلقا ولم يقيد بشيء دون شيء فعم الامتناع عنه ضرورة عملا باطلاق

اللفظ ولان النكرة اذا وقعت في موضع النفي تعم ضرورة وهنا كذلك وقعت فتعم لان كل فعل يدل
على مصدر نكرة لدلالته على المصدر فطابق لدلالته على الحدث واما ان لا تدل على النكرة
فلكونها هي الاصل وانما المعرفة بعارض ثم عموم النكرة في موضع النفي في مثل قوله ما رايت
رجلا ضرورة انك نفيت الرؤية عن شيئا وكذا اسم رجل شايع في الجنس ولا ذلك الا بعموم النفي
جميع الرجال ولهذا لو قلت ما رايت رجلا الا زيدا وبكرا وخالدا صح الاستثنا فلولا العموم
لم يصح الاستثنا فلما ثبت العموم في نفي الفعل في مثل قوله لا يزني ولا يشرب ولا يسرق وتركه ابدا
فاذا فعل الوجه من الوجوه في وقت من الاوقات حنث وليس كذلك اذا حلف على الاثبات مثل
قوله ليصلين او ليصومن او ليحج او ليتصدقن فانه اذا وجد منه فعل ذلك الشي مرة واحدة بر
في يمينه لان النكرة في موضع الاثبات لا تعم فيحصل البر في ما ينطلق عليه اسم المحلوف عليه سوا
فعله مختارا او مكرها او ناسيا او بطريق الوكالة وهذا معنى قوله فيبر بايقاع فعل فعله لكنه يحنث
باليأس عن الفعل واليأس اما بموته او بفوت المحلوف عليه وهو محل الفعل كما اذا حلف لياكلن
هذا الرغيف او لياتين البصرة فما دام الحالف والمحلوف عليه قايمين لا يحنث لتصور البر وهو
الفعل مرة في العمر فاذا هلك احدهما حنث لترك البر كذا قال صاحب التحفة وتجب عليه الكفارة
ولو وصى بها اذا كان الهالك هو الحالف ومعنى قوله لا يفعل كذا تركه ابدا فيما اذا كانت اليمين المطلقة
اذا كانت موقتة بزمان كاليوم والشهر يتوقت بذلك الزمان فبعده ذلك تنحل ولا يلزمه ترك
الفعل بعد ذلك الزمان واما التوقيت في الاثبات كقوله والله لاكلن هذا الرغيف اليوم
فانه لا يحنث ما دام الحالف والمحلوف عليه قايمين واليوم باق اما اذا مضى اليوم حنث وان كان
قايمين لفوات البر لفوات الوقت المعين واما اذا هلك الحالف قبل مضي اليوم لا يحنث بالاتفاق
وان هلك المحلوف عليه وهو الرغيف قبل مضي اليوم اجمعوا انه لا يحنث فاذا مضى اليوم اختلفوا
قال ابو حنيفة ومحمد لا يحنث في يمينه وقال ابو يوسف يحنث وتجب الكفارة لان تصور البر ليس
بشرط عنده خلافا لهما والباقي يعلم في كتب اصحابنا المتقدمين ان شا الله تعالى **قوله** واذا
حلف الوالي رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد فهذا على حال ولايته هذا اللفظ القدوري
في مختصره والاصل ان المطلق لا يتقيد الا بدليل وهنا يتقيد بحال الولاية بدليل غرض الوالي
لان

الوالي لان مقصوده دفع شر الداعر الذي يرفع خبره الى الوالي او دفع شر غيره ذلك
الداعر لانه اذا زجر وادبه ينزجر غيره ودفع شره وغيره بالزجر لا يكون الا في حال
ولايته فيتقيد اليمين بتلك الحال حتى اذا عرفه الحالف ولم يرفع خبره الى الوالي حتى عزل
حنث ولم يعتبر الرفع بعد العزل ولو لم يعرف حال ولاية الوالي فلما عزل عرف لا يحنث
بترك الرفع وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا وهو رواية الزيادات وروي عن ابي يوسف
انه يجب الرفع اليه بعد العزل لانه مقيد في الجملة وعنه يبطل الرفع بعزله لا بموته وكذلك
السلطان اذا حلف رجلا ان لا يخرج من الكورة الا باذنه فهو على ولايته ذكره في الزيادات
والداعر بالدال والعين المهملتين الخبيث المفسد من الناس وجمعه دعار من الدعر
وهو الفساد يقال دعر العود يدعر بكسر العين من الماضي وفتحها من المضارع اذا فسد
كذا في الجمهرة **قوله** لان المقصود منه اي من الاعلام دفع شره اي شر الداعر او شر غيره
اي غير الداعر يعني ان الوالي اذا ضرب الداعر او ادبه وزجره ينزجر من كانت نيته دعره عنه **قوله** دعر
ومن حلف ليهبن عبده لفلان فوهبه ولم يقبل بر في يمينه وهذه من مسايل الجامع الصغير
المعاد وقال زفر يحنث وهو القياس وانما يبر اذا وجد القبول في رواية وفي رواية اخرى عنه
اذا وجد القبول والقبض ذكر الروايتين في شرح الجامع الكبير **لابي المعين النسفي**
لان الهبة تصرف على نفسه بازالة الملك وعلى الموهوب له باثبات الملك له ولهذا لا يثبت ملكه
له الملك ما لم يقبل فبدون القبول لا يكون هبة كالايجاب في البيع فانه يضر على نفسه بازالة
الملك وعلى المشتري فما لم يوجد القبول لا يكون بيعا فلذا هنا ثم لا يشترط القبض في
رواية لان لثبوت الحكم لا لانعقاد السبب والحالف حلف على السبب وفي رواية يشترط
القبض لان السبب بلا حكم غير معتبر شرعا وجه قول اصحابنا وهو الاستحسان ما
روي في الصحيح البخاري وغيره مسندا الى ابن عباس رضي الله عنه عن الصعب ابن جثامة
الليثي انه اهدى لرسول الله صلى الله عليه حمارا وحشيا وهو بالابوا او بودان فرده عليه فلما
راى ما في وجهه قال انا لم نرده عليك الا انا حرم وجه الاستدلال ان ابن
عباس اطلق اسم الاهدا بدون القبول وروي في السنن مسندا الى ابن عباس ايضا انه قال

يا زيد ابن ارقم هل علمت ان رسول الله عليه السلام أهدي اليه عضو صيد فلم يقبله وقال
إنّا حُرُم قال نعم فثبت بهذا ان الهبة عبارة عن مجرد ايجاب المالك في اللغة لان الهبة
والهدية بمعنى واحد ولانه حلف على فعل نفسه لا على فعل غيره فلا يشترط القبول في
اليمين وانما يشترط القبول لثبوت الملك لا لانعقاد السبب والبر متعلق بمباشرة
السبب وقد حصل ذلك ولهذا يقال وهبت لفلان فلم يقبل وليست كالبيع فانه لا يسمى
بيعا ما لم يوجد القبول فلا يوجد السبب الا بايجاب وقبول ولهذا قال اصحابنا لو قال لغيره و
هبت لك هذا العبد فلم يقبل وقال المقر له لا بل قبلته كان القول قول المقر لانه ما اقر الا بالهبة
وايجابه بدون القبول هبة ثم لم يصر بالاقرار بالهبة مقرا بالقبول بخلاف ما لو قال بعت منك هذا
العبد فلم يقبل وقال المقر له قبلت كان القول قول المقر له لانه اقر بايجاب يسمى بيعا وذلك
باتصال القبول فصار بالاقرار بالبيع مقرا بالقبول ولان الهبة اصطناع معروف واكتساب
الصيت باظهار السماحة والجود وتحصل ذلك بلا قبول لانه بانه قضى ما في وسعه من البذل
السخاوة وليست كالبيع فانه اعتياض من الجانبين فلا بد من القبول والصدقة والنحل والاعارة
بمنزلة الهبة وكذا الاباحة والوصية والاقرار والاستخدام لا يشترط فيها القبول من الاخر
ذكره العتابي في شرح الجامع الكبير **قوله** وذلك يتم به اي اظهار السماحة تم بالحالف
الواهب **قوله** ومن حلف لا يشم ريحانا فشم وردا او ياسمينا لا يحنث وهذه من مسائل الجامع
الصغير المعادة قال الحاكم الشهيد الكافي بان حلف لا يشم ريحانا فشم اسا او ما اشبهه من الرياحين
حنث وان شم الياسمين او الورد لم يحنث وهذا لان الريحان عند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كما لو
رقه كالاس والورد ما لورقه رائحة طيبة فحسب كالياسمين كذا ذكره صاحب المغرب قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير روى هشام عن محمد انه قال كل ما كان اخضر فهو ريحان مثل الاس والشاهسفرم
ونحو ذلك مما سوى ذلك فليس بريحان وعلل فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير بقوله لان الريحان اسم
لما لا يقوم على ساقه من البقول مما له رائحة طيبة هو موضوع ذلك لغة وقلده الصدر الشهيد
وصاحب الهداية ثم قالا والياسمين والورد لهما ساق وللنظر فيه نظر لانه لم يثبت في دواوين
اللغة الريحان بهذا التفسير اصلا ولئن صح ما قالوا لكان ينبغي ان لا يحنث بالاس لان لاس ساقا وليس

من

من البقول ايضا وقد نص الحاكم على انه يحنث وقال الجوهري الريحان نبت معروف واما
قوله تعالى والحب ذو العصف والريحان فالعصف ساق الزرع والريحان ورقه كذا في الصحاح وقال
بعض اهل اللغة كل ما طاب ريحه من النبات فهو ريحان **قوله** ومن حلف لا يشتري بنفسجا
ولا نية له فهو على دهنه وهذه من مسائل الجامع الصغير المعاده وذلك لان الايمان محمولة
على معاني كلام الناس وفي عرفهم اذا ذكروا البنفسج يراد به دهنه لا ورقه قال الفقيه ابو
الليث هذا عند اهل العراق فاما في بلادنا فلا يقع على الدهن الا ان ينوي ولو حلف لا يشتري
الورد فهو على ورق الورد فاذا اشترى دهنه لا يحنث لان في العرف لا يسمى دهنه وردا
والحنا يقع على الورق لا على الدهن كالورد **قوله** عليه اي على البيع **قوله** لانه حقيقة
فيه اي لان الورد حقيقة في الورق والعرف مقرر له اي العرف ايضا مقرر لوقوع الحقيقة
او لكون الحقيقة مراده وليس كذلك البنفسج فان العرف على حقيقته حيث انه يراد به دهنه
لا ورقه وكان القياس ان يراد به الورق كما في الورد لكنهم استحسنوا واراد وانه الدهن لما كان
غلب العرف فاما في بلادنا فلا فرق بين الورد والبنفسج فكانهما يقع على الورق لا على الدهن
الا بالنية والله اعلم **كتاب الحدود** لما فرغ عن
الايمان وكفاراتها التي هي دايرة بين العبادة والعقوبة شرع في بيان العقوبات المحضة
وهي الحدود واصل الحد في اللغة المنع يقال حد فلان عن كذا وكذا اذا منعه عنه ومنه سمي السجان حدادا
لمنعه كان ينع من الحركة قال الشاعر يقول لي الحداد وهو يقودني الى السجن لا تجزع فما بك
من بأس وسمي الاعشى الخمار حدادا لانه حبس الخمر عنده فقال فقمنا ولما يصح ديكنا
الى جونة عند حدادها وحد السارق وغيره الفعل الذي يخلفه عن المعاوده اي يمنعه عنها
ويمنع غيره ايضا كذا قال صاحب الجمهرة ويسمى المعرّف للشيء حدا لانه يمنع الخارج عن الحد و
عن الدخول فيه وهو في الشريعة عبارة عن عقوبة مقدرة تستوفى لحق الله تعالى فخرج القصاص
لانه حق العبد بدلالة جواز العفو والاعتياض وخرج التعزير ايضا لانه ليس بمقدر وهذا ما
عليه عامة اصحابنا وقال صدر الاسلام البزدوي في مبسوطه والقصاص يسمى ايضا حدا
لحدود الشرع موانع قبل وقوع زواجر بعده اعني عن الفعل المنهي عنه **قوله** والطهارة ليست

باصليته فيه والطهرة بمعنى الطهر وهو خلاف الدنس واراد بها الطهر عن الذنوب يعني انه ليس
بشرط اصلي في وجوب الحد ولهذا تجب الحد على الذمي اذا زنى ولا يطهر الذمي عن الذنب
باجراء الحد عليه نعلم ان المقصود من شرع الحد الانزجار لا الطهر قوله الزنا يثبت بالبينة
والاقرار هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية والمراد ثبوته عند الامام وانما
قال ذلك لان ثبوت الزنا في الواقع لا يتوقف الى وجود البينة والاقرار لان الزنا هو الوطء الحرام
الخالي عن ملك النكاح وملك الرقبة وعن شبهتهما والوطء هو ايلاج الذكر في فرج المراة امر
حسي يوجد وان لم يوجد البينة او الاقرار وقد يوجدان ولا يوجد الزنا في الواقع لاحتمال الكذب
في البينة او الاقرار فحصل الانفكاك بين الزنا وبينهما وجودا وعدما الا ان القاضي مامور بالحكم بما
ثبت عنده من الظاهر فلاجل هذا شرط ثبوته عند الامام بالبينة او الاقرار اما البينة فدليل ظاهر
لان الله تعالى قال فاستشهدوا عليهن اربعة منكم واما الاقرار فالصدق فيه راجح على الكذب
لوقوعه على نفسه بمضرة فكان دليلا ظاهرا فوجب العمل به وقد قبل رسول الله صلى الله عليه اقرار
ماعز واقرار الغامدية ولا خلاف لاحد فيه قوله مضرة اي ضرر ظاهر يتصل ببدن
المقر من اجراء الحد عليه وكذا لحاق العار بانتساب الى الزنا والعار اشد من النار كما قيل النار
لا العار فكن سيدا فرا من العار الى النار والمعرة المساءة كذا في الديوان فلما كان في الاقرار ضرر و
مساءة على نفسه كان دليلا ظاهرا على صدقه فقبل قوله قال فالبينة ان يشهد اربعة من الشهود
على رجل وامراة بالزنا اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيسأله الامام عن الزنا ما هو وكيف
هو واين زنى ومتى زنى وبمن زنى اما اشتراط الاربعة من الشهود فلقوله تعالى واللاتي ياتين الفاحشة
منكم فاستشهدوا عليهن اربعة منكم وقال والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم
ثمانين جلدة وقال النبي صلى الله عليه لهلال ابن امية ايتني باربعة يشهدون على صدقك والا فحد
في ظهرك ولان في اشتراط الاربعة تحقيق الستر المندوب اليه قال رسول الله صلى الله عليه من ستر
على مسلم ستره الله في الدنيا والاخرة رواه الترمذي في جامعه باسناده الى ابي هريرة عن النبي صلى
الله عليه لا يقال اشتراط الاربع لا لمعنى الستر بل لان الزنا يحصل من اثنين وعلى كل واحد منهما
يشهد اثنان لانا نقول شهادة الاثنين كما جازت على الرجل جازت على المراة لوجود العدالة فلا حاجة
على هذا

على هذا الى اشتراط شاهدين فعلم ان المعنى هو الستر لكن يشترط شهادة احرار عدول
مسلمين ولا يقبل شهادة الرجال مع النساء ولا كتاب القاضي الى القاضي ولا الشهادة على الشهادة
واما السؤال عن الاشياء الخمسة فنقول اما السؤال عن حقيقة الزنا بقوله ما هو فانه
احتراز عن وطء حرام لكنه ليس بزنا فانه قد يشتبه على الشاهد ذلك الوطء الحاصل في الحيض والنفاس نس
والامة المجوسية والامة المشتركة والامة التي هي اخته من الرضاع فان كل ذلك حرام وليس
بزنا ويحتمل ان يكون احترازا عن فعل ما دون الفرج فانه يسمى زنا مجازا لكن ليس فيه الحد قال عليه السلام
العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي
والفرج يصدق ذلك او يكذبه فلعل الشهود سموا مقدمات الزنا زنا فتجب الاحتراز عن مثل ذلك
بالسؤال واما السؤال عن الكيفية فانه احتراز عن مماسة احد الفرجين الاخر ويجوز ان يحترز به عن
الوطء بالاكراه لان وطء المكره لا يوجب الحد واما السؤال عن المكان بقوله اين زنا فانه احتراز
عن الزنا في دار الحرب لان المسلم اذا زنا في دار الحرب ثم خرج الينا لا يحد لانه لم يكن للامام يد درى الحد
عليه عند وجوب الحد واما السؤال عن الزمان بقوله متى زنا فانه احتراز عن زنا متقادم
والشهود اذا شهدوا بذلك لا يقبل ويجوز ان يكون احترازا عن وطء الصبي والمجنون لان فعلهما
لا يوصف بالحرمة واما السؤال عن المزني بها بقوله بمن زنا فانه احتراز عن الواقع في محل يكون
للواطي فيه شبهة لا يعرفها الواطي ولا الشهود كجارية الابن ويجوز ان تكون الموطوءة امراة
الواطي او جاريته ولا يعلمها الشهود فاذا بين الشهود هذه الاشياء وقالوا رايناها
وطئها في فرجها كالميل في المكحلة والرشا في البئر عدلوا سرا وعلانية طلبا للدرء قال عليه السلام
ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم رواه الترمذي في جامعه باسناده الى عايشة رضي الله عنها
خلافا في سائر الحقوق عند ابي حنيفة رضي الله عنه حيث يكتفي بظاهر العدالة لقوله صلى الله عليه وسلم
المسلمون عدول بعضهم على بعض الا اذا طعن الخصم فحينئذ يسال القاضي عن الشهود عنده ايضا
وصورة تعديل السر ان يبعث القاضي اسماء الشهود الى المعدل بكتاب فيه اسماؤهم وانسابهم
وحلاهم ومحالهم وسوقهم حتى يعرفهم المعدل فيكتب تحت اسم من كان عدلا عدل جائز الشهادة
ومن لم يكن عدلا فلا يكتب تحته شيئا او يكتب الله يعلم وصورة تعديل العلانية ان يجمع المعدل

والشاهد فنقول المعتد هذا هو الذي عول عليه وسيجيء ذلك في كتاب الشهادات ان شاء الله تعالى فاذا عدلوا
حكم بشهادتهم رجما كان موجب الزنا او جلدا هذا اذا لم يعرف القاضي عدالة الشهود اما اذا عرفها
حكم بلا تعديل قوله ضده اي ضد الستر قوله او كانت له شبهة اي للواطي قوله وطئها
وطئها في فرجها جواب ما هو وقوله كالميل في المكحلة جواب كيف هو قوله قال في الاصل
تحبسه حتى يسأل عن الشهود اي قال في المبسوط اذا وصف الشهود الاشياء المذكورة
من ماهية الزنا وكيفيته ونحو ذلك تحبس القاضي المشهود عليه بالزنا الى ان يسأل عن عدالة
الشهود لانه متهم وقد حبس رسول الله صلى الله عليه متهما وقد روى صاحب السنن باسناده
الى معمر عن بهز بن حكيم عن ابيه عن جده ان النبي صلى الله عليه حبس رجلا في تهمة بخلاف الديون
كان الحبس فيها بعد العدالة لانما حبس قبل تعديل الشهود لئلا يفوت بالهرب واخذ الكفيل بالنفس
مشروع في باب الحدود لانه احتياط فيما بني على الدرء فلو لم تحبس لما يفوت الحق اصلا بخلاف
الديون فان اخذ الكفيل فيها مشروع فلا يفوت الحق فلا حاجة الى الحبس قبل عدالة الشهود
ولا يقال حبسه ايضا احتياط لانه للتعزير على كونه متهما بارتكاب الفاحشة لا للاحتياط
قوله وسنبين الفرق هذه حوالة غير رائجة بل بيناه انفا قوله قال والاقرار
ان يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا في اربعة مجالس من مجالس المقر كلما اقر رده القاضي اي
قال القدوري في مختصره واعتبار البلوغ والعقل لان كلام الصبي والمجنون ليس بصحيح اما
اشتراط الاقرار اربع مرات في اربعة مجالس من مجالس المقر فهو مذهبنا وقال ابن ابي ليلى يقام
الحد بالاربع مرات وان كان في مجلس واحد اعتبارا بالشهادة لان الاقرار احد حجتي الزنا
قال الشافعي يحد بالاقرار مرة واحدة وهو قول مالك وقول احمد واسحاق مثل قولنا وجه
قول مالك والشافعي ما روي في حديث ابي هريرة ان رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه
فقال احدهما ان ابني كان عسيفا على هذا فزنا بامراته فجلد رسول الله صلى الله عليه ابنه مائة
وغربه عاما وامر انيسا الاسلمي ان ياتي امراة الاخر فان اعترفت رجمها فاعترفت فرجمها وجه
الاستدلال انه قال فان اعترفت رجمها ولم يقل فان اعترفت اربع مرات والعسيف الاجير
ولنا ما روي في الجامع الترمذي مسندا الى ابي سلمة عن ابي هريرة قال جاء ماعز الاسلمي
الى

الى رسول الله صلى الله عليه فقال انه قد زنى فاعرض عنه ثم جاء من شقه الاخر فقال انه قد
زنى فاعرض عنه ثم جاء من شقه الاخر فقال يا رسول الله انه قد زنى فامر به في الرابعة فاخرج
الى الحرة فرجم بالحجارة وروى صاحب السنن باسناده الى عبد الرحمن ابن الصامت ابن عم ابي
هريرة انه سمع ابا هريرة رضي الله عنه يقول جاء الاسلمي نبي الله صلى الله عليه فشهد على نفسه
انه اصاب امراة حراما اربع مرات في كل ذلك يعرض عنه رسول الله فاقبل في الخامسة فقال
انكتها فقال نعم قال حتى غاب ذلك منك في ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود في المكحلة
والرشا في البير قال نعم قال تدري ما الزنا قال نعم اتيت منها حراما ما ياتي الرجل من
اهله حلالا قال فما تريد بهذا القول قال اريد ان تطهرني فامر به فرجم وروى صاحب السنن
باسناده الى جابر بن عبد الله ان رجلا من اسلم جاء الى رسول الله صلى الله عليه فاعترف
بالزنا فاعرض عنه ثم اعترف فاعرض عنه حتى شهد على نفسه اربع شهادات فقال النبي صلى الله
عليه ابك جنون قال لا قال احصنت قال نعم فامر به النبي صلى الله عليه فرجم وجه الاستدلال
بحديث ماعز ان النبي صلى الله عليه اخر اقامة الحد الى ان تم الاقرار اربع مرات فلو كان الاقرار
مرة كافيا لم يؤخر لان اقامة الحد عند ظهوره واجب وتاخير الواجب لا يجوز ولا يظن ذلك
بالنبي صلى الله عليه ولان الاقرار بالزنا حجة في ظهور الزنا كالشهادة فاشترطت الاربع
في الشهادة اغلاظا لامر الزنا ولمعنى الستر فيشترط الاربع في الاقرار ايضا لهذا المعنى ولا يقال
اذا كان الاقرار كالشهادة فلا يشترط تكرار المجلس كما في الشهادة لانا نقول تكرار المجلس في
الاقرار عرف بحديث ماعز فلا يجوز اثبات الحكم بالقياس في امر ثابت بالنص لانه حينئذ
يلزم التعليل معارضا للنص وهو فاسد والجواب عن حديث العسيف فنقول لا يخلو اما ان كان ذلك
متقدما على حديث ماعز او متاخرا عنه فان كان متقدما يكون منسوخا بحديث ماعز وان كان
متاخرا يكون الاعتراف المذكور فيه منصرفا الى الاعتراف المعهود في الشرع وهو الاقرار اربع
مرات يدل على هذا ان النبي صلى الله عليه كان يفوض اقامة الحدود الى من يعرفها لا الى
من لا يعرفها وقد كان انيس يعرف اشتراط الاربع في الاقرار واستقراره في الشريعة الا ترى
ان النبي صلى الله عليه لم يبين له التلقين بان يقول للزناة لعلك مسست وقبلت ولم يبين له اسقاط

الحرة الارض التي البستها حجارة سود
المرود

الحد عنها اذا رجعت نعلم انه كان يعرف جميع ذلك فان قلت يحتمل ان تاخير النبي صلى الله عليه
اقامة الحد الى الاقرار اربع مرات باعتبار انه لم يكن متمكنا منها لا باعتبار ان الاقرار مرة
ليس بموجب للحد قلت هذا وهم لا يلتفت اليه لانه عليه السلام كان متمكنا منها
بنفسه وبامره الغير ولهذا تمكن منها بعد الاقرار اربع مرات بالرجم فان قلت سلمنا
انه كان متمكنا ولكن بمجرد التاخير لا يدل على ان الاربع شرط لانه يجوز ان يكون التاخير
باعتبار ان مطلق الامر لا يقتضي الوجوب على الفور بل على التراخي وعليه عامة المشايخ
خلافا للكرخي قلت لا نسلم انه لا يقتضي الفور بل يقتضيه لان الوجوب حكم الامر
الموجب هو الامر قد وجد فيوجد الوجوب لا محالة لا التراخي كالطلاق مع التطليق والعتق
مع الاعتاق وجواب اخر سلمنا انه لا يقتضي الفور في الجملة ولكن لا نسلم انه لا يقتضيه في
باب الحدود بيانه ان الامر باقامة الحدود متوجه على الامام والحوادث متزاحمة
متراكمة على بابه فلو لم يكن الوجوب على الفور لما يعتري واجبات اخر اهم منها فيترك اقامة
الحد فيؤدي الى تفويت الواجب ولهذا قلنا ان مطلق الامر في باب الحج يقتضي الفور لان الحج
في سنة واحدة ليس بنادر فلو اخر يلزم التفويت على وجه لا يمكن التدارك فهو في الحال فكذا
هنا وجواب اخر سلمنا ان الامر لا يقتضي الفور في باب الحدود ايضا لكن لا نسلم انه لا يقتضيه
قضية ما عن لانه جا طالبا للطهرة وهي حقه ومن له الحق اذا طلب حقه من قبل من عليه الحق يجب
ايفاؤه كالبايع اذا طلب الثمن من المشتري يجب عليه ايفاؤه وماعز طلب حقه من الاقرار
مرة فلو كانت ذلك كافيا لاوفاه النبي صلى الله عليه فان قلت لا نسلم ان الاقرار اربع مرات
شرط لانه لو كان شرطا لكان الاقرار خمس مرات شرطا ايضا لانه جاء لذلك حديث ماعز
ايضا قلت لا نسلم الملازمة لانه روي انه اقر في امراة خمس مرات مرتين في جهة واحدة
فاعتبر ذلك اقرارا مرة واحدة لاتحاد الجهة ولهذا لم يشترط الخمس احد من المجتهدين وهذا
القدر كان لمن له دمن صاف قوله لما روينا اشارة الى قوله فانه عليه السلام اخر
الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربع مجالس قوله والاقرار قايم بالمقر
فيعتبر اختلاف مجلسه اي يعتبر اختلاف مجلس المقر في وجوب الحد لا في مجلس القاضي وفي بعض
النسخ

حم امرتم

النسخ فيعتبر اتحاد مجلسه اي يعتبر اتحاد مجلس المقر في عدم وجوب الحد لا مجلس القاضي
واختلاف مجلس المقر بان يرده القاضي في كل كرة بان يقول ابك خبل ابك جنون ولعلك
قبلتها او مسستها وقال بعضهم يعتبر اختلاف مجلس القاضي والصحيح الاول كذا في شرح
الطحاوي قوله تواري استتر قوله قال فاذا تم اقراره اربع مرات ساله عن
الزنا ما هو وكيف هو واين زنى وبمن زنى فاذا تبين ذلك لزمه الحد اي قال القدوري في مختصره
ومعنى السوال عن هذه الاشياء في الاقرار هو المعنى في السوال عنها في الشهادة على الزنا
وهو تحقق ما يجب به الحد لانه قد يطلق الزنا ولا يكون زنا ويكون زنا ولا يكون موجبا للحد كما
اذا وقع في دار الحرب ولم يذكر القدوري السوال عن الزمان في الاقرار بان يقول متى زنيت
لان التقادم مانع للشهادة لتهمة الحقد والمرء لا يتهم على نفسه فيقبل اقراره وان تقادم
العهد وبيان التقادم يعلم في باب الشهادة على الزنا ثم الاقرار اربع مرات عند غير القاضي
لا يعتبر حتى لو شهد الشهود بالاقرار لا يقبله القاضي لان الزاني لا يخلو اما ان كان مقرا بذلك
او منكرا فان انكر رجع واذا اقر فلا شهادة مع الاقرار قوله وقيل لو سال جاز اي لو
سال الزمان قالوا في الفتاوى ويجوز ان يسال الزمان في الاقرار ايضا لجواز انه زنى في
حال الصغر قوله فان رجع المقر عن الاقرار قبل اقامة الحد او في وسطه قبل رجوعه
وخلى سبيله وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال ابن ابي ليلى يقام عليه ولا يقبل رجوعه
وبه اخذ الشافعي لان الاقرار احد حجتي الزنا فلا يبطل في الرجوع والانكار كما اذا ظهر
بالشهادة ولهذا لا يقبل الرجوع في القصاص وحد القذف اذا ثبتا بالاقرار ولنا
ان النبي صلى الله عليه لقن الرجوع فقال لعلك قبلت او غمزت او نظرت كذا اورده صاحب
السنن وقال ايضا في السنن مسندا الى ابي امية المخزومي ان النبي صلى الله عليه اتي بلص
قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال النبي صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت فلو لم
يكن يصح الرجوع لم يكن للتلقين فايدة وروى ايضا في الجامع الترمذي وغيره لما امر بماعز
في الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة فلما وجد مس الحجارة فر يشتد حتى مر برجل
معه لحي جمل فضربه به وضربه الناس حتى مات فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم

اللحي لحي الانسان والدابة وهو العظم الذي ينبت
عليه اللحية من الانسان وللانسان والدابة
لحيان لهما من الجهر

انه قد حين وجد مس الحجارة ومس الموت فقال رسول الله صلى الله عليه هلا تركتموه وجه
الاستدلال به ان النبي صلى الله عليه جعل فراره دليلا على رجوعه واسقط به الحد فاذا
سقط الحد بدليل الرجوع سقط بصريح الرجوع بالطريق الاولى ولان الرجوع في حقوق
العباد كالقصاص وحد القذف لا يصح لان الخصم يكذبه وفي خالص حق الله تعالى كحد الزنا و
شرب الخمر والسرقة لا احد يكذبه فيصح الرجوع بل رجوعه يحتمل الصدق كالاقرار
فيثبت الشبهة بتعارض الرجوع مع الاقرار فيسقط الحد لان الحدود تندرئ بالشبهات
لكن اذا اقر بالسرقة ثم رجع صح رجوعه في حق المال كذا في شرح الطحاوي بخلاف — القطع ولا يصح في حق
الانكار بعد ظهور الزنا بالشهادة لان الانكار شرط القبول الشهادة فلا يجوز ان
يبطلها ما كان شرطا لقبولها **قوله** يقيم عليه الحد اي القاضي او الامام **قوله**
ويستحب للامام ان يلقن الرجوع ويقول له لعلك لمست او قبلت وهذا لفظ القدوري
في مختصره وانما يستحب التلقين لان النبي صلى الله عليه فعل كذلك في حق ماعز وقال
ايضا للسارق ما اخالك سرقت **قوله** قال في الاصل وينبغي ان يقول له الامام لعلك
تزوجتها او وطئتها بشبهة اي قال في المبسوط يرد الامام المعترف بالزنا في المرة
الاولى والثانية والثالثة فان عاد الرابعة فاقر عنده بها سال عن الزنا ما هو وكيف
هو فاذا وصفه واثبته قال له لعلك تزوجتها او وطئتها بشبهة قال صاحب الهداية
وهذا قريب من الاول في المعنى اي الذي قال في الاصل قريب في المعنى بما قال القدوري
لان في كل منهما تلقين الرجوع للمقر حتى لو قال المقر نعم سقط الحد **فصل**
في كيفية الحد واقامته ذكر اقامة الحد بعد بيان وجوب الحد لان وجود الحد بعد وجوبه وكيفيته — وجوده
صفة لاحقة للوجود فناسب ان ذكر بعد بيان الوجود والكيفية ما به يقال للشي كيف وكيف
كلمة موضوعة للسؤال عن الحال **قوله** واذا وجب الحد وكان الزاني محصنا رجمه بالحجارة
حتى يموت وهذه مسئلة القدوري وذلك لما روي في حديث ماعز ان رسول الله صلى الله عليه رجمه بعد
ما سال احصانه قال في شرح الاقطع ولا خلاف في ذلك بين الامة الا ما روي عن الخوارج ان الحد
كله الجلد ولا رجم وانما قالوا ذلك لانهم لا يقبلون اخبار الاحاد وقد حدث البخاري في الصحيح
عن علي ابن عبد الله

عن علي ابن عبد الله قال حدثنا شفيق عن الزهري عن عبيد الله عن ابن عباس قال عمر رضي
لقد خشيت ان يطول بالناس زمان حتى يقول القايل لا نجد الرجم في كتاب الله فيضلوا بترك
فريضة انزلها الله تعالى الا وان الرجم حق على من زنى وقد احصن اذا قامت البينة او كان الحبل
والاعتراف وروى صاحب السنن عن عبد الله ابن محمد النفيلي قال حدثنا هشيم قال
اخبرنا الزهري عن عبيد الله ابن عبد الله ابن عتبة عن عبد الله ابن عباس ان عمر يعني ابن
الخطاب خطب فقال ان الله عز وجل بعث محمدا صلى الله عليه بالحق وانزل عليه الكتاب
فكان فيما انزل عليه اية الرجم فقراناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه ورجمنا من
بعده واني خشيت ان طال بالناس الزمان ان يقول قايل ما نجد ايه الرجم في كتاب الله تعالى
فيضلوا بترك فريضة انزلها الله تعالى فالرجم حق على من زنى من الرجال والنسا اذا كان محصنا
اذا قامت البينة او كان حمل او اعتراف وايم الله لولا ان يقول الناس زاد عمر في كتاب الله
لكتبتها وروى في الجامع الترمذي مسندا الى سعيد ابن المسيب عن عمر ابن الخطاب قال رجم رسول الله
صلى الله عليه ورجم ابو بكر ورجمت ولولا اني اكره ان ازيد في كتاب الله لكتبته في المصحف فاني قد خشيت
ان تجي اقوام فلا يجدونه في كتاب الله فيكفرون به وحديث عمر مذكور في الموطا ايضا
قلت قد كان رجم ابي بكر وعمر بحضرة الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكرها احد فحل محل
الاجماع فظهر ان قول الخوارج لاغية لا يلتفت اليها **قوله** وقد احصن اي ماعز وهو على
صيغة المبني للفاعل يقال احصن الرجل فهو محصن وهذا احد ما جاء على افعل فهو مفعل وامراة
محصن اي متزوجة وليس في كلامهم افعل فهو مفعل الا ثلاثة احرف هذا احدها ويقال اسهب
من لدغ الحية اي ذهب عقله وهو مسهب قال الراجز فات عطشان وعاش مسهبا
ويقال الفج الرجل فهو ملفج اذا ادقع حاله وسال رجل الحسن ايدالك الرجل امراته قال
نعم اذا كان ملفجا المدالكة والمماطلة بمعنى وهي المدافعة كذا في الجمهرة **قوله** وقال في الحديث
المعروف وزنا بعد احصان روى صاحب السنن باسناده الى عايشة قالت قال رسول الله
صلى الله عليه لا يحل دم امري مسلم يشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله الا في احدى
ثلاث رجل زنى بعد احصان فانه يرجم ورجل خرج محاربا لله ورسوله فانه يقتل او يصلب

او ينفى من الارض او يقتل نفسا فيقتل بها وروي في السنن والجامع الترمذي ايضا مسندا
الى عبد الله ابن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه لا يحل دم امرئ يشهد ان لا اله الا الله
واني رسول الله الا باحدى ثلث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق
للجماعة **قوله** قال يخرجه الى ارض فضاء يبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس
هذا لفظ القدوري يعني الاخراج الى الارض فضاء فلما روى صاحب السنن باسناده الى ابي سعيد
قال لما امر رسول الله صلى الله عليه برجم ماعز خرجنا الى البقيع فوالله ما اوثقناه ولا
حفرنا له ولكنه قام لنا فرميناه بالعظام والمدر والخزف واما البداية بالشهود فلان
حيلة للدرء لانهم ربما كانوا الذين يمتنعون من الرجم استعظاما للنفس فيكون امتناعهم
دليلا على الرجوع قال في الشامل عند ابي يوسف والشافعي بداية الشهود ليس بشرط كما في
الجلد ولنا ما بينا والفرق بين الجلد والرجم ان الجلد لا يحسنه كل واحد فيفضي الجلد الى الهلاك
والمقصود الزجر والتاديب لا الاهلاك بخلاف الرجم فان كل واحد يحسنه فان المقصود منه
الاهلاك ثم اذا امتنع الشهود من الابتداء لا يجب الحد عليهم لانهم ثابتون على شهادتهم
ولم يرجعوا عنها وقد يمتنع الانسان من مباشرة القتل بحق وانما سقط الحد عن المشهود
عليه للشبهة **قوله** فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد هذا لفظ القدوري
وقدر المعنى **قوله** وكذلك اذا ماتوا او غابوا في ظاهر الرواية اي يسقط الرجم بموت
الشهود او غيبتهم وهذا لان الشرط بداءة الشهود وقد انعدم ذلك بالموت والغيبة
وكذا اذا عموا او خرسوا او جنوا او فسقوا او ارتدوا او قذفوا فحدوا سواء اعترض ذلك
قبل القضاء او بعد القضاء قبل الامضاء لان الامضاء من القضاء في باب الحدود فاذا لم
يحصل الامضاء فكانه لم يحصل القضاء وانما قال بظاهر الرواية احترازا عما روي عن ابي يوسف
في شرح الطحاوي انه قال لا يبطل الرجم بموت الشهود ولا بغيبتهم هذا اذا كان المشهود عليه
محصنا اما اذا كان غير محصن فقد قال الحاكم في الكافي اقيم عليه الحد في الموت والغيبة ويبطل كان ع
فيما سواهما وكذلك في سائر الحدود من حقوق الناس **قوله** وان كان مقرا ابتدا الامام
ثم الناس هذا لفظ القدوري في مختصره اي ان كان الزاني المحصن مقرا ابتدا الامام
بالرجم

بالرجم ثم الناس وذلك لما روى صاحب السنن باسناده الى ابي بكرة عن ابيه ان
النبي صلى الله عليه رجم امراة فحفر لها الى الثندوة ثم رماها بحصاة مثل الحمصة
ثم قال ارموا واتقوا الوجه فلما طفئت اخرجها وصلى عليها وروي في شرح الاثار
عن علي رضي الله عنه انه رمى شراحة ويتوادك الناس ثم قال ارموا **قوله** ورمى
رسول الله صلى الله عليه الغامدية هي امراة منسوبة الى بني غامد قبيلة من العرب
قال المبرد في كتاب انساب العرب غامد بطن من خزاعة وقال المبرد في الكامل بنو غامد بن
نصر بن الازد ابن الغوث وفي هذه القبيلة يقول القايل الا هل اتاها على نايها بما فضحت
قومها غامد اذ لم تنتهم مايتي فارس ردهم فارس واحد **قوله** ويغسل ويكفن ويصلى عليه هذا
لفظ القدوري في مختصره اما الغسل والتكفين فلما روي في السنن ان المرجوم غسل وكفن
ودفن واما الصلوة فلما روى البخاري باسناده الى جابر ان رجلا من اسلم جاء الى النبي صلى الله
عليه فاعترف بالزنا فاعرض عنه النبي صلى الله عليه حتى شهد على نفسه اربع مرات قال له النبي
صلى الله عليه ابك جنون قال لا قال احصنت قال نعم فامر به برجم بالمصلى فلما اذلقته الحجارة فر
فادرك فرجم حتى مات فقال له النبي صلى الله عليه خيرا وصلى عليه وقد صح في رواية السنن
ايضا ان النبي صلى الله عليه صلى على الغامدية ودفنت ولانه مقتول بحق فوجب غسله والشهيد
مقتول بغير حق فلم يكن في معنى الشهيد فيغسل ويصلى عليه لانه باستيفا الحق
الواجب عليه لا يخرج من الاسلام فصار كساير المسلمين يغسل ويكفن ويصلى عليه ويدفن ؛
كالمقتول في القصاص **قوله** وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة وهذه لفظ
القدوري والاصل فيه قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة هذا عام في
المحصن وغير المحصن الا ان الحكم في المحصن اذا زنا رجم باية اخرى نسخت تلاوتها وبقي حكمها
رواها عمر في خطبته بحضرة الصحابة من غير نكير وقال ان مما يتلى عليكم في كتاب الله الشيخ و
الشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم ولانه في رواية الا ان الله
لما صرفها عن قلوب العباد لحكم لم يكتبها عمر في المصحف وقال لولا ان يقول الناس زاد عمر في
كتاب الله لكتبتها ودفع الزاني والزانية بالابتدا وخبرهما محذوف تقديره وفيما فرض عليكم الزانية

والزانية اي حكمها وهو الجلد ويجوز ان يكون الخبر فاجلدوا وهو مذهب المبرد والاول مذهب الخليل
وسيبويه ودخول الفاء في الخبر لتضمن المبتدا معنى الشرط لان الالف واللام بمعنى التي اي التي زنت
والذي زنى فاجلدوا كقولك من زنى فاجلدوه وانما قيد بالحر احترازا عن العبد لان الجلد ينصف مشكل
في حقه كما سيجي عن قريب وانما قدم في الاية المراة على الرجل في الذكر لانها هي الاصل
في الزنا لانها اذا لم تمكن لا يتحقق الزنا بخلاف اية السرقة حيث قدم الرجل فيها على
المراة لان الرجل هو الاصل في باب العدوان لان ذلك يقع من المراة ايضا **قوله** يامر الامام
بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا اي يضربه بين القوي والضعيف لان الضرب
المبرح ربما يؤدي الى التلف والمقصود من الحد الزجر لا الاتلاف ولا يحصل الزجر وهو المقصود
بالضعيف فيختار الوسط وروي ان النبي صلى الله عليه امر الجلاد ان لا يبين ابطه وانما يضرب
بسوط لا ثمرة له لانه اذا كان له ثمرة يكون كل ضربة ضربتين فلا يجوز ان يزاد في قدر الحد
ويقيم الحد من يعقل ويبصر واذا كان رجل وجب عليه الحد وهو ضعيف الخلقة يخيف
عليه الهلاك اذا ضرب يجلد جلدا خفيفا مقدار ما يتحمله كذا في فتاوى الولوالجي
قوله بين المبرح وغير المولم يقال برح في هذا الامر اي غلظ علي واشتد **قوله**
وتنزع عنه ثيابه هذا لفظ القدوري قال صاحب الهداية معناه دون الازار يعني
ينزع ثياب الزاني غير المحصن دون الازار وذلك لان المقصود الزجر بايصال الالم والثياب
يمنع ذلك فينزع بخلاف الازار فانه لا ينزع كيلا ينكشف العورة وكذلك الحكم في حد شرب
الخمر والتعزير اما في حد القذف فلا يجرد الا انه ينزع عنه الفرو والحشو وسيجي بيان ذلك
في باب حد القذف ثم اشد الضرب التعزير ثم حد الزنا ثم حد الشرب ثم حد القذف وسيجي
بيان ذلك في فصل التعزير هذا في حق الرجل فان المراة لا يجرد في الحدود كلها لانها عورة الا ان ن زايد
الحشو والفرو ينزعان عنها ونذكر بعد هذا **قوله** وهذا الحد اي حد الزنا **قوله** ويفرق
الضرب على اعضائه هذا لفظ القدوري اي يفرق الضرب على اعضاء المحدود على الكتفين
والذراعين والساقين والقدمين لان الجمع في مكان واحد ربما يؤدي الى التلف وذلك
غير مستحق عليه قال الحاكم في الكافي ويعطى كل عضو حظه من الضرب ما خلا الوجه

والراس

والراس والفرج في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف يضرب الراس ايضا وكان
قوله الاول مثل قول ابي حنيفة وقال في شرح الطحاوي وروي عن ابي يوسف انه قال يضرب
على الراس ضربة واحدة وعند الشافعي يضرب كله على الظهر وقال في الشامل وعن
بعض مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن لانه مقتل كالراس وروى صاحب الاجناس
عن كتاب الحدود املاء رواية ابي سليمان قال ابو يوسف يتقي الوجه والفرج والبطن
والصدر ويضرب الراس وجه قول الشافعي ما روي في السنن عن ابن عباس ان هلال
بن امية قذف امراته عند النبي صلى الله عليه بشريك ابن سحماء فقال النبي صلى الله عليه البينة او
حد في ظهرك ولابي يوسف ما روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه قال اضربوا الراس فان فيه
شيطانا ولانه عضو صلب لا يخاف منه التلف ولابي حنيفة ومحمد ان جميع الاعضاء تلذذت
بالمعصية فيعطى كل عضو حظه من الضرب ولان الحد يراد به التطهير من الذنب وجميع الاعضاء
تحتاج الى التطهير الا ان الضرب على الفرج مهلك والحد زاجر لا متلف ولهذا امر النبي
صلى الله عليه بحسم يد السارق بعد القطع والراس مجمع الحواس فيخاف منها على
عقله وعامة حواسه والوجه مجمع المحاسن فيخاف من ضربه ان يصير مثلة وهي
منهية وقد روي عن علي انه قال اتق الوجه والمذاكير وفي الامر باتقاء الوجه استثناء
الراس دلالة ولا حجة للشافعي في خبر هلال لان تخصيص الشي بالذكر لا يدل على نفي ما عداه وقد
دل الدليل على جلد سائر الاعضاء فصار ذكر الظهر كناية عن الضرب لا اثباتا للموضع
الضرب لما بينا واثر ابي بكر ليس بحجة لابي يوسف لان ذلك ورد في مشرك من اهل الحرب
يحلق الراس وضرب راسه واجب واهلاكه مستحق كما جاءت بحر الاسلام وغيره في
شرح الجامع الصغير **قوله** قال الا راسه ووجهه وفرجه اي قال القدوري في مختصره
وهو استثناء من قوله يفرق الضرب على اعضائه مرتبا ايضا **قوله** اتق الوجه
والمذاكير الذكر من كل شي خلاف الانثى والجمع ذكران وذكور وذكر الانسان معروف فاما
قولهم المذاكير فلا ادري ما واحدها كذا في الجمهرة **وقيل** هو جمع الذكر الذي هو العضو على
خلاف القياس وكانهم فرقوا بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو **قوله**

الاصل اخص البينة والا
تخفيضها قلنا اذا كان حد
ظهرك قلنا قال لعمالك
شواهد التوضيح في مشكلات
الجامع الصحيح ١٢

وانما يضرب سوطا يعني على قول ابي يوسف يضرب الراس سوطا لا غير **قوله** من دعا
الكفرة الذعاجم داع كالقضاء في الجم قاض **قوله** ويضرب في الحدود كلها قايما غير ممدود
وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة قال في الاصل بلغنا ذلك عن علي ابن ابي طالب وكذا يضرب
في التعزير قايما اما المراة فانها تضرب قاعدة لانه استر لها كذا في شرح الطحاوي ولان الحد
يقام على الشهرة زجرا للعامة عن مباشرة سبب الحد والقيام ابلغ في الشهرة فيختار القيام
بخلاف المراة فان امرها على الستر والقعود اقرب الى الستر ومعنى قوله غير ممدود
اختلف المشايخ قال بعضهم لا يمد المحدود بين العقابين كما يفعل بين يدي الظلمة لانه بدعة
وقال بعضهم لا يمد السوط فوق راس الضارب بالرفع وقال بعضهم لا يمد على بدن المحدود بعد
الضرب لانه نوع تخويف والحد شرع مولما لا جارحا وقال بعضهم اراد به ان لا يبسط
على الارض فيقعد رجل على راسه والاخر على رجله وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة على قدر
الحد بل في الحدود كلها لا يمسك ولا يربط ولا يبطح بل يترك قايما الا ان يعجزهم فلا باس حينيذ
ان يشد على اسطوانة ونحوها قال في المغرب العقابان خشبتان ينصبان مغروزتين في الارض
يمد بينهما المضروب او المصلوب **قوله** وان كان عبدا جلده خمسين هذا لفظ القدوري
والاصل فيه قوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب اي الاماء اذا احصن اي
تزوجن فان اتين بفاحشة اي زنين فعليهن نصف ما على المحصنات اي الحراير من العذاب اي من
الحد اي عليهن نصف الحد والحد ماية جلدة على الحر والحرة اذا لم يكونا محصنين ونصف ذلك خمسون
فيكون في الحد لا منه فاذا كان في الحد الامة يكون في الحد العبد ايضا لان المؤثر للنقصان
فيهما واحد وهو الرق ولان الرق منصف للنعم الا ترى ان العبد لا يتزوج الا ثنتين والامة
من القسم نصف ما للحرة فلما انتصف النعم بالرق انتصف العقوبة ايضا لان العقوبة انما
تتغلظ بحسب تكامل النعم لان الجناية يكون حينيذ اغلظ وافحش ويؤيده قوله تعالى يا نساء
النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين ثم قال يا نساء النبي لستن
كاحد من النساء ثم اريد العذاب في الاية الجلد لا الرجم بدلالة السياق لان الرجم قتل والقتل
لا يتنصف فانما عليهن نصف الشيء الذي يتنصف وهو الجلد **قوله** والرجل والمراة في ذلك
سواء

سواء اي في الحد لشمول النصوص اياهما سواء لانهما ان كانا محصنين فعلى كل واحد منهما
الرجم وان يكونا غير محصنين ففي الحر والحرة تجب على كل واحد منهما جلد ماية وفي العبد والامة
تجب جلد خمسين وكذلك في ظهور الزنا عند القاضي بالبينة او الاقرار اربع مرات وكما يشترط
في حق الرجل يشترط في حق المراة الا ان المراة لا ينزع عنها ثيابها ليلا ينكشف عورتها
الا الحشو والفروة فانهما ينزعان كيلا يمنعا ايصال الالم الى البدن وكذلك تجلد قاعدة لان
القعود استر لها **قوله** لما روينا اي من حديث علي رضي الله عنه وهو قوله يضرب الرجال
في الحدود قياما والنساء قعودا **قوله** وان حفر لها في الرجم جاز وهذا لفظ القدوري
والاصل فيه ما روى في السنن مسندا الى ابي بكرة عن ابيه ان النبي صلى الله عليه رجم امراة
فحفر لها **الى الثندوة** وكذا فعل علي رضي الله عنه بشراحة الهمدانية حين رجمها وقد
حدث الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار باسناده ان عليا رضي الله عنه دفنها الى
الرحبة الى منكبيها ثم رماها ورماها الناس ثم قال ابو جعفر لو ترك الحفر جاز لان ثيابها
تسترها والنبي صلى الله عليه لم يامر بذلك لكن الحفر احسن للامن عن الانكشاف وذكر في
المغرب ان الثندوة بفتح الاول والواو وبالضم والهمزة مكان الواو والدال في الحالتين
مضمومة ثدي الرجل او لحم الثديين وقال في الجامع ثندوة الرجل كثدي المراة وهو مهموز اذا
ضم اوله فاذا فتح لم يهمز ويقال هو طرف الثدي فعلى هذا يكون المراد في الحديث طرف
الثدي وهمدان بفتح الهاء وسكون الميم حي من العرب كذا ثبت صاحب الديوان **قوله**
ولا يحفر الى صدرها لما روينا اي من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الثندوة **قوله**
ولا يحفر للرجل لانه عليه السلام ما حفر لماعز وقد حدث صاحب السنن باسناده الى
ابي سعيد قال لما امر رسول الله صلى الله عليه برجم ماعز خرجنا به الى البقيع فوالله ما
اوثقناه ولا حفرنا له ولكنه قام لنا ولان مبنى الحدود على الشهرة وترك الحفر ابلغ في ذلك
وهذا هو ظاهر الرواية وقال الطحاوي ان شاءوا حفروا له وان شاءوا لم يحفروا والحد **قوله** والربط
والامساك غير مشروع يعني في الرجم وذلك لان ماعزا لم يربط ولم يمسك قال الحاكم الشهيد
ولا يحفر للمرجوم ولا يربط بشيء ولا يمسك ولكنه ينصب قايما للناس فيرجم وقال شيخ

الطحاوي وان اخذه الى رجمه فهرب فانه لا يتبع ويكون ذلك رجوعا بخلاف الشهادة
فانه يتبع اذا هرب لانه بعد الشهادة لا يصح رجوعه وانكاره وذلك الطحاوي اثره
الرجمهم اياه يصفون كما في الصلوة فكلما رجم قوم يتنحون ولقوم غيرهم مقامهم
يرجمون ولم يذكر هذا في الاصل **قوله** ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام
هذا لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي يملك المولى ذلك اذا كان رجلا حرا عدلا والحد
جلدا ان كان قطعا ولذي قولان كذا ذكره علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال في شرح الاقطع
اختلف اصحابه في القطع في السرقة والقصاص والقتل بالردة فمنهم من قال لا يملك ذلك
قالوا والمذهب انه يملكه له ما روي في السنن مسندا الى علي رضي الله عنه قال فجرت جارية
لآل رسول الله صلى الله فقال يا علي انطلق فاقم عليها الحد فانطلقت فاذا بها دم
يسيل لم ينقطع فاتيته فقال يا علي افرغت فقلت اتيتها ودمها يسيل فقال
دعها حتى ينقطع دمها ثم اقم عليها الحد واقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم قال في
الجامع الترمذي كانت الجارية حديثة عهد بنفاس وروي في الجامع الترمذي مسندا
الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه اذا زنت امة احدكم فليجلدها ثلثا
بكتاب الله تعالى فان عادت فليبعها ولو بحبل من الشعر ولانه يملك التعزير صيانة
بملكه عن الفساد فكذلك يملك الحد ولانه من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر فيملك
المولى ذلك ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير
موقوفا ومرفوعا اربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولان الحد حق الله تعالى
فلا يجوز للمولى ان يستوفيه لانه اجنبي في حقه فلا يجوز للاجنبي ان يتصرف في حق غيره
ولان ولاية المولى ولاية قاصرة وهي ملك الرقبة فلا يملك بها الحد كالاب والوصي فان قلت
فالحق ولم قلتم ان الحد حق الله تعالى ونحن لا نسلم ذلك ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان كونه حقا
لله تعالى ينافي كونه حقا للعبد ولم لا يجوز ان يكون حقا للمولى ايضا قلت الحق يستعمل على
وجهين في معنى مفرد غير اضافي ويراد به الثابت المتحقق الذي له وجود بذاته واثره
كقولك دين الاسلام حق ودين النصارى ليس بحق اي هذا الدين له وجود وتحقق بذاته

واثره

واثره وذاك ليس له وجود وتحقق بذاته بل هو باطل مضمحل ذاهب متلاش ويستعمل في معنى
اضافي كقولك هذا حق لفلان وذاك حق لفلان الاخر والمراد منه ما اختص به فلان ويطلب منه
رعاية جانبه بدليل الاطراد والانعكاس فكل ما اختص به فلان ويطلب منه رعاية جانبه
يصح ان يقال انه حقه وكل ما لم يختص به فلان ولم يطلب منه رعاية جانبه يصح ان يقال انه ليس
حقه فبعد ذلك نقول ان الحد حق الله تعالى لان المقصود منه الزجر واخلاء العالم
عن الفساد فيكون الحد حق الله تعالى بيانه ان العالم في الاصل كله عبيده وعرضه لله سبحانه
الا انه جعل بكرمه ولطفه بعض الاشياء حق العبد لوقوع نفعه خاصا له من
ان بالسبب فاذا بالسبب اما ما كان نفعه عاما فهو بقي حقا لله تعالى على ما كان لانه
لبشر اولى من غيره لعموم نفعه ولا يجوز ان يكون حق المولى لانه لو كان له
حق لجاز اسقاطه ذلك برضاه او برضاه في الاسقاط علم انه لا حق له اصلا فلما لم
يكن للعباد حق في الحالم تجز استيفاء المولى الا باذن نائب الشرع وهو الامام بخلاف
التعزير فانه حق العبد ولهذا لو اسقطه من له الحق برضاه يسقط تعالى على انه حق
العبد يعزر الصبي لان حق الله تعالى موضوع عنه والجواب عما تمسك به الشافعي
فنقول ذلك محمول على التسبب بان يكون المولى سببا في حق عبده بالمرافعة
الى الامام وانما قلنا ذلك لان ظاهره متروك بالاجماع لانه يقتضي الوجوب ولا يجب
على المولى اقامة الحد على عبده بالاجماع اما على مذهبنا فظاهر وكذا على مذهبهم لانه
يجوز ان يقيم المولى الحد ولا يجب عليه فلما كان الحديث متروك الظاهر حملناه على ما
قلنا بدليل ما بينا والامر بالمعروف يحصل بالمرافعة الى الامام ايضا **قوله** ولهذا
يعزر الصبي وحق الشرع موضوع عنه الواو في وحق الشرع للحال ذكر قوله
ولهذا ايضا حالكون التعزير حق العبد **قوله** واحصان الرجم ان يكون حرا عاقلا بالغا
مسلما قد تزوج بامراة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان هذا لفظ
القدوري في مختصره **اعلم** اولا ان الزنا سبب لوجوب الحد والرجم جميعا لكن
للرجم شرايط من الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والنكاح الصحيح والدخول

على وجه يوجب الغسل وهما على صفة الاحصان فاذا وجدت هذه الشرايط
تجب الرجم والا فيجب الحد ثم اعلم ان الدخول اخر شرايط الاحصان حتى لو وجد
الدخول اولا ثم وجد ساير الشرايط لا يكون محصنا ما لم يوجد الدخول بعدها بيانه فيما
قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ان المسلم العاقل البالغ تزوج امراة نصرانية
ودخل بها ثم اسلمت المراة فقبل ان يدخل بها بعد الاسلام زنى الرجل لا رجم عليه لانه
لم يدخل بها بعد اسلامها ولم يكمل شرايط احصانه عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف
يكون محصنا ولو كانت المراة امة فدخل بها زوجها ثم اعتقها المولى فلم يدخل بها بعد
العتق لا يكمل الاحصان بالاتفاق وكذلك لو دخل بها وهي صغيرة ثم ادركت وكذلك
لو كان تحته امراة حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما ثم اذا اسلما لا يعود
احصانهما الا بعد الدخول بها بعد الاسلام الى هنا لفظه رحمه الله ثم نرجع الى بيان
الشرايط ولا خلاف فيها الا في الاسلام سنذكره بعد بيانها اما اشتراط العقل و
البلوغ فلان اهلية الخطاب لا تتحقق بدونهما لما روي في السنن مسندا الى علي ابن ابي طالب
عن النبي صلى الله عليه وسلم قال رفع القلم عن ثلاث عن النايم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم
وعن المجنون حتى يعقل ولان الرجم عقوبة وهما ليسا من اهل العقوبة فلا يجب الرجم
عليهما واما اشتراط ساير الشرايط من الحرية والنكاح الصحيح والدخول
والاسلام وكونهما على صفة الاحصان عند الدخول فليتكامل الجناية وذلك لان
الرجم نهاية في العقوبة فيكون سببه نهاية في الجناية لان المسبب انما يثبت
بحسب ثبوت السبب حسا وشرعا وتناهي الجناية انما يكون اذا وجدت هذه
الشرايط في الزاني او عند وجودها يتوفر النعم والجناية عند توفر النعم اغلظ وافحش
الا ترى الى قوله تعالى يا نساء النبي من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها
العذاب ضعفين نعم هذا مع ان احصان احد الزوجين شرط احصان صاحبه
بخلاف احصان احد الزانيين حيث لا يكون شرطا لاحصان الاخر حتى يحد كل واحد منهما
حد نفسه جلدا كان او رجما ثم لا يكون محصنا بالدخول في النكاح الفاسد لانه لا يبيح
الوطء

الوطء كذا لا يكون محصنا ايضا بالجماع في النكاح الصحيح اذا قال ان تزوجتك فانت
طالق نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي اما الاسلام فانه شرط الاحصان في ظاهر
الرواية عن اصحابنا جميعا لما قلنا وروي عن ابي يوسف ان الاسلام ليس بشرط و
هو قول الشافعي وثمرة الخلاف ان الذمي الثيب الحر اذا زنى عندنا يجلد ولا يرجم
وعندهما يرجم لهما ما روي في الصحيح البخاري والسنن مسندا الى ابن عمر انه قال
ان اليهود جاءوا الى النبي صلى الله عليه فذكروا له ان رجلا منهم وامراة زنيا فقال لهم
رسول الله صلى الله عليه ما تجدون في التورية في شان الزنا فقالوا نفضحهم ويجلدون
فقال عبد الله ابن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتوراة فنشروها فجعل احدهم
يده على اية الرجم ثم جعل يقرا ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله ابن سلام ارفع
يدك فرفعها فاذا فيها اية الرجم فقال صدق يا محمد فيها اية الرجم فامر بهما رسول الله
صلى الله عليه فرجما ولانه يلزمهم كما يلزم المسلمين في حق الجلد فينبغي ان يكون بينهم كالثيب
المسلمين في الرجم والجواب عن الحديث نجيب عن قريب انشاء الله تعالى ولنا ما روى
اصحابنا في كتبهم عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه انه قال من اشرك بالله فليس بمحصن
وروي في المبسوط وغيره عن النبي صلى الله عليه انه قال لحذيفة وقد تزوج يهودية دعها
فانها لا تحصنك وكذلك قال عمر لكعب ابن مالك ولان زنا الثيب الكافر لا يساوي زنا الثيب
المسلم في كونه جناية وتفاوت الجناية يوجب التفاوت في العقوبة والحكم في التساوي
بالعقوبة مع التفاوت في الجناية قبيح عقلا بيان التفاوت ان زنا المسلم وقع قبيحا
من حيث انه وطء حرام واضاعة للولد وافساد الفراش وكفران النعم لان الاسلام من
اعظم النعم والنعم موجب الشكر لقوله تعالى واشكروا نعمت الله وانه بزناه وضع الكفران
موضع الشكر وساير الشرايط ان وجدت في حق الكافر لم يوجد كفران نعمة الاسلام والزنا
الذي يحصل به كفران نعمة الاسلام اقبح وافحش من الزنا الذي لا يحصل به الكفران
ولا يجوز اثبات الرجم في الكافر بالقياس بان نقول تساويا في الجلد فيتساويان في الرجم لان
الحدود لا تثبت بالقياس لما فيه من الشبهة وقد صح عن رسول الله صلى الله عليه انه قال ادرؤا

الحدود بالشبهات ولان احصان القذف تشترط فيه الاسلام بالاتفاق مع ان القذف
اضعف من الزنا فلان تشترط الاسلام في احصان الرجم اولى واحرى وتساوي المسلم والكافر
في الجلد لا يلزم علينا لان القياس كان يقتضي ان يكون جلد المسلم اكثر من ذلك الا ان الشارع
ترحم عليه حيث حط عنه بعض العقوبة وجعل عليه من الجلد مقدار ما وجب على الكافر والجواب
عن الحديث فنقول كان ذلك بحكم التوراة في ابتداء الاسلام ولهذا سالهم رسول الله صلى الله عليه
عن حد الزنا في التوراة كما روينا ثم لما تقرر الاسلام نسخ لكن يدل على ذلك ما روي صاحب الكشاف
عن اهل الحجاز انهم قالوا ان النبي صلى الله عليه رجم اليهود بين قبل نزول الجزية ذكره في سورة
المايدة يعني لانهم لما اقروا بقبول الجزية على شركهم سقط الرجم ثم قيد بالرجم في قوله في
احصان الرجم احترازا عن احصان القذف فان بينهما مغايرة على ما يجي في باب القذف قوله
دونهما اي دون العقل والبلوغ قوله وما وراهما اي ما وراء العقل والبلوغ من الشرايط
عند تكرينها اي عند تكثر النعم والنعم ما انعم الله تعالى به على عباده من مال او ولد كذا في الجمهرة وفي
الاصطلاح يعني بها النفع الواصل من جهة الغير من غير سابقة الاستحقاق على ذلك الغير قوله
وهذه الاشيا من جلايل النعم اي الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والدخول بنكاح
صحيح ونهما على صفة الاحصان قوله عند استجماعها اي استجماع هذه الاشيا قوله
فنناط به اي يعلق الرجم باستجماع هذه الاشيا فاذا وجد الزنا عند استجماعها يجب
الرجم والايلاء بخلاف الشرف والعلم يتصل بقوله وهذه الاشيا من جلايل النعم جوابا
لسوال مقدر بان يقال لما كانت الاشيا المذكورة من جلايل النعم كانت شرايط الاحصان
والشرف والعلم ايضا من اجل النعم فينبغي ان يكونا من شرايط الاحصان فاجاب عنه وقال
بخلاف الشرف والعلم لان الشرع لم يعتبرهما لانهما لا ينضبطان لانه ليس لهما حد معلوم
اما نعم الاسلام فمضبوط ولها حد معلوم وكذا نعم الكمال الحر شرطان في الاحصان لعدم
الضبط والشرف علو الحسب وحسب الرجل ما يعد من مآثره عند اهل اللغة كذا في الجمهرة
قوله والنكاح الصحيح من الوطء الحلال اي النكاح الصحيح يمكن الناكح من الوطء
الحلال والاصابة شبع بالحلال اي اصابته بالنكاح الحلال شبع للزوج من الزنا
يعني

يعني تحصل بالنكاح الصحيح مكنة في الوطء الحلال وبالدخول تحصل الشبع وكذا الاسلام
تحصل به المكنة من نكاح المسلمة ويؤكد الاسلام ايضا اعتقاد الحرمة فكان كل واحد
منهما نعمة فيشترط في احصان الرجم فيكون وجوب الرجم المتناهي في العقوبة بعد
تكامل النعمة قوله فيكون الكل مزجرة عن الزنا اي سببا للزجر قوله وشرط صفة
الاحصان فيهما عند الدخول اي في الزوج والزوجة يعني شرط في قول القدوري
ودخل بها وهما على صفة الاحصان وفايدته ما قال في المتن لو دخل بالمنكوحة الكافرة
او المملوكة او المجنونة او الصبية لا يكون محصنا قال الحاكم في الكافي قال ابو يوسف
يكون محصنا بجماع الكافرة هذا مخالف من الرواية عن ابي يوسف وروى الطحاوي
والكرخي في غيرها من الرواية عن ابي يوسف ان النصارى تحصن بعضهم بعضا وان المسلم
تحصن النصرانية ومن لا تحصن لا تحصن المسلم قوله وكذا اذا كان الزوج موصوفا
باحدى هذه الصفات وهذا ايضا فايدة شرط الاحصان فيهما عند الدخول اي لا يكون
الزوج محصنا ايضا اذا كان مملوكا حرا وزوجتها مسلمة او كان مملوكا وزوجتها حرة او كان
مجنونا وزوجتها عاقلة او كان صبيا وزوجتها بالغة وهذا لان المجنون يوجب النفرة
والصبا لهم يقلل الرغبة وتحترز عن مرقوقة لئلا يرق ولدها فليس مع الاختلاف
اسلاف فلا يتكامل النعمة ما لم يتصف هذه العوارض ولا يقال كيف يتصور ان يكون الزوج
كافرا والمراة مسلمة لانا نقول يتصور فيما اذا كانا كافرين فاسلمت المراة ثم دخل بها
الزوج فانهما بعد زوجان ما لم يفرق القاضي بالاباء عند عرض الاسلام قوله والحجة عليه
ما ذكرناه اي الحجة على ابي يوسف قوله عليه السلام من اشرك بالله فليس بمحصن قوله
وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد
عطف على قوله ما ذكرنا اي الحجة على ابي يوسف ما ذكرنا وهذا الحديث ثم هذا الحديث
مذكور مرسلا هكذا في باب الاحصان من مبسوط شمس الايمة السرخسي وكذلك محمد قال في
الاصل لا تحصن الرجل المسلم الا المراة الحرة المسلمة اذا دخل بها ثم قال بلغنا ذلك
عن عامر وابراهيم النخعي قوله ولا تجمع في المحصن بين الرجم والجلد هذا لفظ

القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع قال اهل الظاهر يجلد المحصن ثم يرجم **قلت**
هو قول احمد بن حنبل في احدى الروايتين عنه والرواية الاخرى عنه مثل قولنا وقول
اسحق مثل قول احمد انه يجلد ويرجم لهم ما روي في السنن وغيره مسندا الى عبادة
ابن الصامت قال قال رسول الله صلى الله عليه الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة والبكر
بالبكر جلد مائة ونفي سنة وحدث الطحاوي باسناده في شرح الاثار الى عبادة
ابن الصامت ايضا قال قال رسول الله صلى الله عليه خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر
بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم وروى الطحاوي ايضا
باسناده الى جابر ان رجلا زنى فامر به النبي صلى الله عليه فجلد ثم اخبر انه قد كان
احصن فامر به النبي صلى الله عليه فرجم قال في جامع الترمذي العمل على هذا عند
بعض اهل العلم من اصحاب رسول الله صلى الله عليه منهم علي بن ابي طالب وابي بن كعب وعبد
الله بن مسعود ولنا ما روى البخاري في الصحيح وغيره مسندا الى ابي هريرة عن النبي
صلى الله عليه قال يا انيس اغد على امراة هذا فسلها فان اعترفت فارجمها فاعترفت
فرجمها بيانه ان النبي صلى الله عليه امره بالرجم وحده لا بالجلد والرجم جميعا وقد
صح في جميع كتب الحديث ان النبي صلى الله عليه رجم ماعزا ولم يجلد قال في الجامع الترمذي
قال بعض اهل العلم من اصحاب النبي صلى الله عليه منهم ابو بكر وعمر وغيرهما الثيب انما عليه
الرجم ولا يجلد لان اقصى ما في الباب من العقوبة الرجم فلا حاجة الى ما دونه مع
وجوده ثم ان كان الجلد لزجر غير الزاني من جرى غيره فيحصل بالرجم فوق ما يحصل
بالجلد وان كان لزجر الزاني فزجره بعد هلاكه بالرجم لا يكون ولان العقوبات
المتفق عليها شي واحد كالقطع في السرقة والجلد في القذف لا غير فينبغي ان يكون
عقوبة الزاني المحصن ايضا كذلك شيا واحدا وهو الرجم والجواب عن حديث عبادة
فنقول انه كان منسوخ لان الاول الاية نزلت في هذا الباب قوله تعالى واللاتي ياتين
الفاحشة من نسائكم الى قوله او يجعل الله لهن سبيلا ثم نسخ ذلك بقوله عليه السلم
خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا والحديث ولم يكن بين الاية وبين حديث عبادة حكم
اخر ثم

شط

اخر ثم حديث ماعز يكون متاخرا عن حديث عبادة لا محالة وكذا حديث ابي هريرة
وقد رواه ايضا زيد بن خالد الجهني وهو ما قاله رسول الله صلى الله عليه لانيس اغد على
امراة هذا الحديث والحكم المتاخر من رسول الله صلى الله عليه ينسخ حكمه المتقدم لا محاله
اذا كان بين الحكمين تخالف وجواب حديث جابر انه يحمل لان النبي صلى الله عليه لما اخبر ان
المحدود محصن رجمه بعد ان جلده على انه غير محصن فلم يكن ذلك جمعا بين الجلد والرجم
لان الجلد لم يقع حدا اصلا لانه كان باعتبار انه غير محصن فان **قلت** كيف يصح دعوى
النسخ وقد صح عن علي رضي الله عنه انه جلد شراحة ثم رجمها وقال جلدتها بكتاب الله
ورجمتها بسنة نبيه صلى الله عليه **قلت** قد ثبت النسخ بدليل حديث ماعز وانيس ثم
حديث علي وحكمه في خلافته بالجمع بين الجلد والرجم ان ثبت فقد ثبت اجماع الصحابة قبل
ذلك الخلافة في خلافة عمر رضي الله عنهم فاجماعهم اولى من تفرده بحكم بعد اجماعهم
المنعقد الا ترى الى ما حدث الطحاوي في شرح الاثار عن يونس قال اخبرنا ابن وهب
ان مالكا حدثه عن يحيى ابن سعيد عن سليمان بن يسار عن ابي واقد الليثي ان عمر بن الخطاب
اتاه رجل وهو بالشام فذكر انه وجد مع امراته رجلا فبعث عمر اباه واقد الليثي الى امراته يسالها
عن ذلك فاتاها وعندها نسوة حولها فذكر لها الذي قال زوجها لعمر بن الخطاب
واخبرها انها لا يوخذ بقوله وجعل يلقنها اشباه ذلك لتنزع فابت ان
تنزع وثبت على الاعتراف فامر بها عمر فرجمت وكان ذلك بحضرة اصحاب
رسول الله صلى الله عليه ولم يجلدها عمر قبل الرجم فحل محل الاجماع لانه ما خالفه
احد حينئذ ويحتمل ان يكون علي رضي الله عنه جلدها لانه لم يكن ثبت عنده احصانها
ثم لما ثبت احصانها رجمها فقال جلدتها بكتاب الله وهو قوله تعالى الزانية والزاني
فاجلدوا الاية ورجمتها بالسنة حين ثبت الاحصان وجائز ان لا يكون قد استكمل الجلد مائة
ثم رجمها وهو قولنا انه اذا لم يستكمل الجلد حتى ثبت الاحصان **قوله** ولا يجمع بين الجلد
والنفي هذا لفظ القدوري في مختصره وفائدته فيه الا ان يرى الامام مصلحة فيغربه على قدر ما
يرى قال الحاكم في الكافي قال ابن ابي ليلى ينفى الى بلد غير البلد الذي فجر فيه اعلم ان حد الزنا

للبكر عندنا جلد لا غير وعند سفيان ومالك وعبد الله ابن المبارك والشافعي واحمد واسحق
تجلد وتنفى سنة ان كان البكر حرا وفي العبد ثلاث اقوال عن الشافعي في قول يغرب ستة اشهر
وفي قول سنة وفي قول لا يغرب اصلا ان الجلد خمسين وهو قول احمد والمراة تغرب مع محرم
واجرته عليها في قول وعلى بيت المال في قول وان امتنع المحرم قيل تجبره السلطان على
الزوج معها وقيل لا واذا كانت الطريق امنة في تغربها بغير محرم وجهان ولا
ينقص في مسافة الغربة من مرحلتين وله الخيار في جهات السفر فان رجع الغريب
الى بلده لم يتعرض له واذا عاد المغرب يخرج ثانيا ولا يحتسب المدة الماضية لهم قوله
عليه السلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب
عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم وروى في الترمذي مسندا الى ابن عمر رضي الله عنه صح
ان النبي صلى الله عليه ضرب وغرب وان ابا بكر ضرب وغرب وان عمر ضرب وغرب ولنا ان التغريب
قطع مادة الزنا لانه انما يكون بالمصاحبة والمحادثة ودفع الاجانب والحيا بة عند فراغ
القلب والغربة تفوت هذه الاشيا وتمنع عنها يدل على هذا ما قيل لامراة من العرب ما
حملك على الزنا مع فضل عقلك فقالت طول السواد وقرب الوساد والسواد السرار
ساده قلة اسناده ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة
بيانه انه تعالى جعل جزا كل واحد من الزانية والزاني الجلد لا غير وهذا لان الفا للجزا والجزا اسم
عن الكافي فيمنع وجوب غيره كما لو قال لامراته ان دخلت الدار فانت طالق واحدة فاذا وجد
الشرط يقع الطلاق واحدة لا غير لانها هي الجزا فلا يجب النفي اذ لو روى البخاري في الصحيح مسندا
الى ابي هريرة وزيد بن خالد ان رسول الله صلى الله عليه سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان
زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير والضفير
الحبل وقال رسول الله صلى الله عليه اقيموا الحدود على ما ملكت ايمانكم وقال رسول الله عليه السلام
اذا زنت امة احدكم فليجلدها ثلاثا بكتاب الله تعالى فان عادت فليبعها ولو بحبل من شعر وقد
مر الحديثان عن قوله ولا يقيم المولى الحد على عبده ووجه التمسك بهذه الاحاديث
الاحاديث ان النبي صلى الله عليه امر بالجلد على الامة ولو كان النفي واجبا مشروعا

حد البينة

حد البينة ايضا لانه تعالى قال فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولان في التغريب ان كان
اغرا لها للزنا من الوجه الذي قال الخصم فتح باب الزنا من وجهين اخرين احدهما ان
الانسان يمتنع عن الزنا في بلده استحياء من اقاربه وعشايره وبعض معارفه ففي الغربة
يرتفع الحيا فيقع في الفاحشة لارتفاع المانع والثاني ان المراة تحتاج الى النفقة لا محالة
وهي عاجزة عن الكسب فتتخذ الزنا مكتسبة فيفعل قحبة وذلك اقبح وجوه الزنا
واخبثها ولان فيما قال يلزم اثبات الحد بالزاني وذلك لا يجوز لان الحد لا يثبت بالشبهة
وفي الزايد شبهة ولان الاية اوجبت جلد مائة فلو كان الحد مع التغريب حدا لم يكن
الجلد وحده حدا لانه يكون حينئذ بعض المشروع فلا يسقط به الفرض الذي لزمنا
اقامته كالركعة من الركعتين وكانت الزيادة نسخا معنى فلا يجوز النسخ بخبر الواحد
فان قيل لا يكون الزيادة نسخا لان كل شيئين يصح اجتماعهما لا يكون احدهما
ناسخا للاخر كايجاب الزكوة بعد الصلوة فليس يمتنع اجتماع الجلد والنفي قلنا
وقوع النسخ ليس بمقصور على ما لا يصح اجتماعهما لانه كان يصح اجتماع الحد مع الحبس
والاذى نسخا بالجلد وصوم عاشورا نسخا بصوم رمضان وكذلك نسخت سائر الصدقات ت
بالزكاة وقد كان يصح الاجتماع ولا يشبه الزيادة على النص ايجاب فرض بعد فرض
لان وجود احد الفرضين وعدمه لانا نتركه في الفرض الاخر لا في الجواز ولا في البطلان
لان ترك الزكاة لا يوثر في صحة الصلوة وعدم بعض الحد يمنع كون الباقي حدا كما ان ترك
بعض اعضاء الوضوء في الطهارة يمنع الباقي ان يكون طهارة وكمن ترك ركعة من الفرض يمنع
الباقي ان يكون فرضا والجواب عما تمسكوا من حديث التغريب فنقول انه منسوخ
بحديث ماعز كما تقدم بيانه في المسالة المتقدمة او هو منسوخ بقوله تعالى الزانية والزاني
فاجلدوا لانه صلى الله عليه قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ولو كانت هذه الاية نازلة
من قبل لقال خذوا عن القران فدل ان الاية متاخرة ناسخة لحديث التغريب وتغريب
ابي بكر وعمر محمول على التغريب والسياسة بدليل ما قلنا وذلك جائز عندنا ايضا
وكلامنا في نفي مشروع عن النفي حدا الا ترى ان عمر رضي الله نفى نصر بن الحجاج لافتتان

النساء بصباحة وجهه ومعلوم ان صباحة الوجه لا يوجب التعزير وقد قال عمر رضي
كفى بالنفي فتنة بيانه فيما ذكر القتبي في حديث عروة ابن الزبير في كتاب الغريب ان الفريعة
بنت همام ام الحجاج ابو يوسف كانت تحت المغيرة ابن شعبة وهي القائلة الا سبيل الى خمر فاشربها
ام لا سبيل الى نصر ابن حجاج ويروى هل من سبيل الى خمر فاشربها ام هل سبيل الى نصر ابن
حجاج وكان نصر ابن حجاج من بني سليم وكان رجلا جميلا رايقا فسمع عمر ابن الخطاب ذات ليلة
وهذه المراة تقول ذلك البيت فدعا بنصر ابن حجاج فسيره الى البصرة فاتى مجاشع ابن
مسعود السلمي وعنده امراة شميلة وكان مجاشع اميا فكتب نصر على الارض احبك حبا لو
كان فوقك لاظلك ولو كان تحتك لاقلك فكتبت المراة وانا فلبت مجاشع على الكتاب اناء ثم ادخل
كاتبا فقراه فاخرج نصرا فطلقها وكان عمر ابن الخطاب سمع ايضا قائلا بالمدينة يقول
اعوذ برب الناس من شر معقل اذا معقل راح البقيع مرجلا يعني معقل ابن سنان الاشجعي وكان
كان جميلا قدم المدينة فقال عمر الحق بالبادية لا يترجل الرجل شعره بالجيم اي جعده قوله
اولا لكونه كل المذكور الضمير راجع الى الجلد يعني ان المذكور في الاية هو الجلد لا غير فيكون
كل المذكور فاذا كان كل المذكور يكون كل الموجب لانه لو كان تحته شيء اخر لبينه لان الموضع
موضع الحاجة الى البيان وترك البيان في مثل هذا الموضع لا يجوز لمن لزوم الاخلال قوله
وهو قوله عليه السلام الضمير راجع الى شطره اي شطر الحديث قوله عليه السلام البيت
بالبيت الحديث قوله وقد عرف طريقته في موضعه اي عرف طريق نسخ قوله عليه
السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام في طريقة الخلاف وتحرينا على وجه يوجهه
العاقل المصنف قوله الا ان يرى الامام مصلحة فيغربه على قدر ما يرى استثناء
من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني اذا راى الامام التغريب مصلحة لدعارة
الزاني فيجوز ذلك على انه تعزير وسياسة لا على انه حد كما روي عن عمر رضي الله عنه انه غرب
نصرا وقد مر ذكره قوله واذا زنى المريض وحده الرجم رجم هذا لفظ القدوري في
مختصره اعلم ان المريض اذا زنى لا يخلو من احد الامرين اما ان كان محصنا او غير محصن فان
كان محصنا رجم بلا انتظار لانه يستحق الهلاك والرجم في حالة المرض اقرب الى الهلاك

وان كان

وان كان غير محصن ينتظر الى ان يبرا ثم يجلد لان الاهلاك ليس بمستحق عليه بالجلد في هذه الحالة وقد
يفضي الى الاهلاك فيتوقف الى البرء ولهذا قال الشيخ ابو نصر وغيره لا يجلد في الحر الشديد ولا في
البرد الشديد لخوف التلف قوله واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها هذا لفظ القدوري
اعلم ان الحامل اذا زنت لا تحد حالة الحمل سواء كان حدها جلدا او رجما لان في الرجم اهلاك
ولدها والمستحق اهلاكها لا اهلاك ولدها وفي الجلد تخاف على اهلاك ولدها والحد شرع
زاجرا لا متلفا لكن تحبس الحامل ان كانت ثبت زناها بالبينة الى ان تلد كيلا تفوت الحد بهربها ثم
اذا ولدت ينظر ان كانت محصنة ترجم حين تضع ولدها لان الهلاك هو المستحق و
الرجم في هذه الحالة اقرب الى الهلاك لما فيها من ضعف الولادة وهذا ظاهر الرواية وروي
عن ابي حنيفة انه يوخر الرجم الى ان يستغني ولدها وان كانت غير محصنة تركت حتى تخرج
من نفاسها ثم يقام عليها الحد والمعنى ما قلنا واذا ثبت زنا الحامل بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة
لان رجوعها يسقط الحد ولها ذلك فالظاهر والهرب دليل الرجوع فلا يفيد الحبس فايدته
وجه الظاهر ما روي في السنن مسندا الى عمران ابن حصين ان امراة
من جهينة اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت انها زنت وهي حبلى فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وليا
لها فقال له رسول الله عليه السلام احسن اليها فاذا وضعت فجئ بها فلما ان وضعت جيء بها فامر بها
النبي صلى الله عليه وسلم فشدت عليها ثيابها ثم امر بها فرجمت ثم امرهم فصلوا عليها ووجه
تلك الرواية ما روي في السنن ايضا مسندا الى عبد الله ابن بريدة عن ابيه ان امراة من
غامد اتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت اني فجرت فقال ارجعي فرجعت فلما كان الغد اتته فقالت
لعلك ان تردني كما رددت ماعز ابن مالك فوالله اني لحبلى فقال لها ارجعي فرجعت فلما كان
من الغد اتته فقال ارجعي حتى تلدي فلما ولدت اتته بالصبي فقالت قد ولدته فقال ارجعي
فارضعيه حتى تفطميه فجاءت به وقد فطمته وفي يده شيء ياكله فامر بالصبي فدفع الى رجل من المسلمين
وامر بها فحفر لها وامر بها فرجمت قال الحاكم في الكافي فان ادعت انها حبلى اراها القاضي
النساء فان قلن هي حبلى حبسها الى سنتين ثم رجمها واذا شهدوا عليها بالزنا فادعت
انها عذراء او رتقاء فنظر اليها النساء فقلن هي كذلك درئ عنها الحد ولا حد على الشهود

ايضا وكذلك المجنون لا حد على قاذفه ويقبل في الرتقاء والعذراء والاشياء التي يطلع فيها بقول
النساء قول امراة واحدة قال في الفتاوى الولوالجي المثنى احوط قوله حتى تتعالى من
نفاسها يقال تعالت المراة من نفاسها وتعلّت اي خرجت

باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه

ذكر اولا في اول
كتاب الحدود ثبوت الحد بالبينة او الاقرار ثم ذكر بعد ذلك في فصل يليه كيفية الحد واقامته
ثم ذكر في هذا الفصل تنوّع الوطء الى موجب للحد وغير موجب له لان تنوّع الشيء بعد
وجوده بصفاته وهذا ظاهر قوله قال الوطء الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف
الشرع واللسان وطء الرجل المراة في القبل في غير الملك وشبهة الملك اعلم اولا ان وضع
كتاب الهداية على بيان مسائل الجامع الصغير والقدوري ففي كل موضع يذكر لفظة قال
يريد به محمدا او القدوري وهنا ذكر لفظ قال ولم يرد به احدا منهما فكان على خلاف وضعه
وكان ينبغي ان يقول قال العبد الضعيف باسناد الفعل الى نفسه او يقول اعلم ان الوطء الموجب
للحد هو الزنا حتى يرتفع الالتباس ثم اعلم ان الزنا هو الموجب للحد لقوله تعالى الزانية
والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والزنا هو الوطء الحرام الخالي عن ملك الرقبة وعن
ملك البضع وعن الشبهة والوطء ايلاج الذكر في فرج المراة يعني بالشبهة شبهة الحل و
الشبهة ما يشابه الحقيقة ماخوذة من تشابه كالشبهة لان الاشتراك في الحروف
الاصول يدل على الاشتراك في المعنى الاصلي ثم انما يسقط الحد بالشبهة لقوله صلى الله
عليه ادرؤا الحدود بالشبهات والشبهة على نوعين شبهة اشتباه وهي ان يشتبه عليه
الحال بان يظن انها تحل عليه وهذه الشبهة تسمى شبهة في الفعل والنوع الثاني شبهة
في المحل وهي ان تكون الشبهة ناشئة عن المحل بان يكون في المحل شبهة الملك اعني شبهة ملك ادع
الرقبة او ملك البضع وهذه الشبهة تسمى شبهة حكمية باعتبار ان المحل اعطى له حكم الملك في
اسقاط الحد ان لم يكن الملك ثابتا حقيقة ثم كل واحدة من الشبهتين يسقط بها الحد لان
لاطلاق الحديث المذكور الا ان في كل موضع تثبت شبهة الاشتباه اذا قال علمت انها علي
حرام وجب الحد لارتفاع الشبه بارتفاع الاشتباه وفي شبهة المحل لا يجب الحد وان قال

علمت

علمت انها علي حرام لقيام الشبهة لقيام المحلية ثم شبهة الفعل على ما قالوا في شرح الجامع
الصغير في ثمانية مواضع جارية الاب وان علا وجارية الام وجارية الزوجة والمطلقة ثلاثا
اذا وطئها في العدة والمطلقة بائنا بالطلاق على مال وام ولد قد اعتقها وهي في
العدة وجارية المولى في حق العبد والجارية المرهونة في حق المرتهن على رواية كتاب
الحدود وانما وجب الحد على هذه الرواية اذا قال علمت انها علي حرام لانه لا ملك له فيها
ولا حق ملك وانما له حق الاستيفاء فصار كالغريم وطئ جارية الميت فانه يحد اذا ادعى
الظن ايضا وشبهة المحل في ستة مواضع جارية الابن والمطلقة طلاقا بائنا بالكناية
لاختلاف الصحابة في الكنايات بوائن او رواجع والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم
والجارية المجعولة مهرا في حق الزوج قبل التسليم والجارية المشتركة بينه وبين غيره والجارية
المجعولة المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن فعلى هذه الرواية لا حد عليه لانها
محبوسة للاستيفاء فاشبه الجارية المبيعة في يد البائع قوله وانه في عرف
الشرع واللسان وطء الرجل المراة في غير الملك وشبهة الملك فان قلت من علامات
صحة الحد ان يكون مطردا ومنعكسا فاذا انتفى احدهما فسد الحد وهو مطرد
لا منعكس فانه يصح ان يقال كل ما كان وطء الرجل المراة بهذه الصفة فانه زنا فصار
مطردا ولا يصح ان يقال كل ما ليس بوطء الرجل المراة بهذه الصفة فليس بزنا لان فعل
المراة يسمى زنا وان لم يطأها الرجل لان الواطئ هو الرجل لا المراة قلت
هذه مغالطة لان الوطء معنى مشترك بين الرجل والمراة فاذا وجد فعل الوطء منهما
يتصف كل واحد منهما به ويسمى هذا واطئا وتلك واطئة ولهذا سماه الله تعالى زانيا
وسماها زانية فقال الزانية والزاني ولم يقل المزني بها والزاني قوله فالاول
يتحقق في حق من اشتبه عليه اي الشبهة الاولى وهي شبهة الاشتباه يتحقق اذا اشتبه
الاشتباه وقال ظننت انها تحل لي والا فلا قوله والثانية اي شبهة المحل يتحقق
بقيام الدليل النافي للحرمة في ذاته اي يتحقق في حق الكل سواء ادعى الظن او علم الحرمة
قوله بالنوعين اي بشبهة الفعل وشبهة المحل قوله لاطلاق الحديث وهو قوله

عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات **قوله** والنسب يثبت في الثاني اذا ادعى
الولد اي في المذكور الثاني وهو شبهة المحل وذكر لان الفعل لما لم يكن زنا لشبهة في المحل يثبت
نسب الولد بالدعوة لان النسب مما يحتاط في اثباته **قوله** ولا يثبت في الاول وان
ادعاه اي لا يثبت النسب في شبهة الفعل وان ادعى الولد لانه لا حق له في المحل فوقع الفعل
زنا الا انه سقط الحد لدعوى الاشتباه وان لم يدع الظن وجب الحد قال في الفتاوى
الولوالجي ولو ادعى احدهما الظن ولم يدع الاخر فلا حد عليهما لان الشبهة في احد
الجانبين تتعدى الى الاخر **قوله** تمحض زنا اي خلص **قوله** وان سقط الحد لامر راجع
اليه اي الى الفعل **قوله** وهو اشتباه الامر عليه اي الامر على الواطي **قوله** ولم
تتمحض الثانية اي في شبهة المحل لم يتمحض الفعل زنا لقيام الدليل النافي للحرمة لقيام
المحل **قوله** والشبهة في المحل في ستة مواضع جارية ابنه قال في الفتاوى الولوالجي
كذا لو وطيها الجد وان علا من قبل الاب لان اسم الاب ينطلق عليه **قوله** ثم الشبهة
عند ابي حنيفة تثبت بالعقد وان كان متفقا على حرمته وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت
اذا علم بحرمته ويظهر ذلك في نكاح المحارم اراد بالباقين العلما الباقين ولا فرق عند ابي
حنيفة في سقوط الحد بالعقد بين ان يكون العقد حلالا او حراما متفقا عليه او مختلفا
فيه او يكون الواطي عالما بالحرمة او جاهلا وسيجي بيانه لك عن قريب ان شا الله تعالى
عند قوله ومن تزوج امراة لا يحل له نكاحها فوطيها لا يجب عليه الحد عند ابي حنيفة وهو المراد
بقوله ويظهر ذلك في نكاح المحارم على ما ياتيك **قوله** واذا عرفنا هذا القول
من طلق امراته ثلاثا ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام [illegible] اذا عرفنا الذي
مهدنا من انقسام الشبهة الى نوعين [illegible] من المسائل [illegible] بعد بيان
حقيقة الزنا نقول هذه المسئلة وما يليها لانها تبتني على ما قلنا وهذه المسئلة من مسائل
الجامع الصغير المعادة وصورتها [illegible] محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل طلق امراته ثلاثا
ثم وطيها في العدة وقال علمت انها علي حرام قال عليه الحد [illegible]
العدة يجب عليه الحد اذا قال علمت انها علي حرام واذا قال ظننت انها تحل لي لا حد عليه
ولا على قاذفه

ولا على قاذفه فنص عليه الحاكم في الكافي اما في الفصل الاول فلان الحل للوطء بملك النكاح قد زال
الحل من كل وجه فلما زال من كل وجه انتفت الشبهة في المحل وشبهة الاشتباه ايضا
منتفية لان الواطي يقول علمت انها علي حرام فوجب الحد انما قلنا بانتفاء الحل من كل
وجه لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره **واما** في الفصل الثاني
فانما لم يجب الحد لانه ادعى الاشتباه فدخل الشبهة في الفعل وهي مسقطة للحد بالحديث
وانما اعتبر ظنه لانه وقع في موضعه لان اثار الملك قائمة من العدة والحبس ووجوب النفقة
في العدة على الزوج ولم يعتبر في الفصل الاول قول الزيدية والامامية شبهة في اسقاط الحد
فان الزيدية يقولون اذا طلقها ثلاثا جملة لا يقع الا واحدة والامامية يقولون انه لا يقع
شيء اصلا لكونها خلاف السنة ويزعمون انه قول علي رضي الله عنه لانه لا يخرق للاجماع
وافترا على علي رضي الله عنه وانه قد صح عن علي انه قال كل طلاق جائز الا طلاق الصبي
والمعتوه وكذا ذكر شمس الائمة السرخسي وغيره في شرح الكافي **قوله** ولا يعتبر قول
المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف اراد بالمخالف الزيدية والامامية وقد ذكرنا انفا
قال الامام حميد الدين الضرير في شرحه الفرق بين الخلاف والاختلاف ان الاختلاف
ان يكون الطريق مختلفا والمقصود واحدا **والخلاف** ان يكون كلاهما مختلفا
هذا حاصل كلامه وقال فخر الاسلام في اول شرح الجامع الصغير **الاختلاف** من اثار
الرحمة والخلاف من اثار البدعة واراد به الفرق المذكور كذا اورده صاحب الهداية
وفيه نظر لانه لم يسمع في قوانين اللغة ما قالوا لما اختلف القوم اختلافا في
خالفوا مخالفة وخلافا اذا لم يوافق بعضهم بعضا **قوله** لان اثر الملك قائم في حق
النسب والحبس والنفقة هذا دليل لكون الظن في موضعه فان **قلت** كيف يصح دعوى
قيام النسب وقد اوردوا المطلقة الثلاث في قسم شبهة الفعل وقد ذكرنا ان في كل موضع كانت
الشبهة في الفعل لا يثبت النسب وان ادعى وقد ذكر صاحب الهداية نفسه ايضا كذلك
حيث اوردها في قسم شبهة الفعل وقد قال قبل ذلك ولا يثبت في الاول وان ادعاه اي
لا يثبت النسب في شبهة الفعل لان الفعل تمحض زنا فلم ذكر قيام النسب هنا تناقض او

او سهو قلت هذه مغالطة لا معنى قوله لان اثر الملك قائم في حق النسب فيقام النسب
باعتبار العلوق السابق على الطلاق لان نسب ولد المبتوتة يثبت لاقل من سنتين من وقت
الطلاق ولاست لتمام سنتين وقد عرف ذلك في باب ثبوت النسب وليس معناه ان
الواطي في عدة المطلقة الثلاث اذا ادعى نسب ولدها باعتبار هذه العلوق يصح لان
فعله زنا وفي الزنا لا يثبت النسب بحال فلا جرم لا يثبت اذا ادعى فعرفت انه لا مناقضة
ولا سهو والحمد لله رب العالمين **قوله** وام الولد اذا اعتقها مولاها والمختلعة و
المطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث يعني اذا وطئ كل واحدة منهن في العدة وقال
علمت انها علي حرام يحد لزوال الحل من كل وجه وان قال ظننت انها تحل لي لا يحد
للشبهة لان قيام اثر الملك من العدة ووجوب النفقة اورث الشبهة **قوله** ولو قال
لها انت خلية او برية او امرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها في العدة وقال علمت انها
علي حرام لم يحد وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة قال الحاكم في الكافي وان
ابانها بشيء من الكنايات ثم جامعها وهو يقول علمت انها علي حرام فلا حد عليه وقال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اذا طلقها تطليقة بائنة ثم وطئها في العدة لا حد عليه
سواء ادعى الشبهة او لم يدع لان الشبهة شبهتان شبهة حكم وشبهة اشتباه فههنا شبهة
حكم لان اصحاب النبي صلى الله عليه اختلفوا فيه قال بعضهم الكنايات كلها بوائن وقال بعضهم
رجعية وجعلها بعضهم ثلاثا فاورث اختلاف الصحابة شبهة في المحل لان في الواحدة
الرجعية يبقى الحل فينبغي على هذا ان يثبت النسب بالدعوى على ما اشار اليه الصدر الشهيد بقوله
ولا يثبت النسب اذا لم يدع وذلك لان الفعل لم يقع زنا لبقاء الحل باعتبار الشبهة في المحل ولكن قال
فخر الاسلام في شرحه للجامع الصغير ولا يثبت نسب الولد في ذلك كله لانه زنا وانما
يسقط الحد للشبهة لانه عقوبة ولا يثبت النسب بالزنا بحال الا هنا لفظ فكانه جعل
هذه الشبهة شبهة الاشتباه وليس ذلك بصحيح عندي لان الرواية منصوصة في الجامع
الصغير وفي الكافي للحاكم انه لا يجب عليه الحد وان قال علمت انها علي حرام فلو كان الامر كما قال
فخر الاسلام لوجب عليه الحد لزوال الاشتباه بقوله علمت انها علي حرام فلما لم يجب علم انها من قبيل
شبهة

شبهة المحل وفي شبهة المحل لا يقع الفعل زنا فيثبت النسب بالدعوة فافهم انشاء الله تعالى
وقال الحاكم في الكافي واذا حرمت المرأة على زوجها بردتها او قبلتها ابنه او
جامع امها ثم جامعها وهو يعلم انها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان
بعض الفقهاء يقول لا يحرم الحرام الحلال فاستحسنت ان ادرأ الحد بهذه الشبهة
قوله وكذا اذا نوى بها ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك اي كذلك الحكم اذا نوى ثلاثا
من الفاظ الكنايات ثم وطئها في العدة يعني لا يحد وان قال علمت انها علي حرام لان
اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد **قوله**
ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت انها علي حرام وهذا لفظ
القدوري في مختصره اعلم ان الاب اذا وطئ جارية ولده لا يجب عليه الحد سواء ادعى الشبهة
او لم يدع لان للاب تاويل الملك في جارية ابنه بقوله عليه السلام انت ومالك لابيك
فصار شبهة في المحل ويثبت النسب اذا ادعى الاب ذلك لانه يملكها بالقيمة ولا
عقر عليه لان الاب لما ملكها بضمان القيمة سقط عنه العقر لانه ضمان الجزء وقد مر تحقيق
ذلك في باب نكاح الرقيق فلينظر ثمة لا محالة اما الجد اذا وطئ جارية ولد ولده لا يثبت
النسب ولا يجب الحد اذا كان الاب حيا كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
وذلك لان الجد يكون محجوبا بالاب فلم يثبت النسب لعدم تاويل الملك في الحال وانما لم يحد
لان القرابة التي بها يثبت تاويل الملك ثابتة في الحال اعني قرابة الولاد فتمكنت
الشبهة فدرئ الحد بها وكذلك كل موضع كان سقوط الحد فيه بشبهة في المحل لا فرق فيه بين ان
يعلم حرمتها او لا يعلم لقيام الشبهة في الحالين كالجارية المبيعة قبل القبض لان ملك المشتري
لم يستقر فيها قبل القبض ولهذا اذا هلكت ينفسخ البيع وكذلك المهرة قبل القبض لما قلنا
ولا ملك اليد بان عليها وكذا الجارية المشتركة اذا وطئها احد الشريكين لا يحد لان له فيها
ملكا فصار شبهة **قوله** وقد ذكرناه اي في باب نكاح الرقيق **قوله** واذا وطئ جارية
ابيه او امه او زوجته وقال ظننت انها تحل لي فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت انها
علي حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه وهذه من مسائل القدوري اعلم ان الشبهة في هذه

المواضع شبهة اشتباه لحصول الانبساط اكلا واستعمالا من مولاه لان الابن يتناول مال
ابويه وينتفع به بالاكل والتصرف وكذا الزوج في مال زوجته وكذا العبد في مال مولاه
فلما جرى الانبساط بينهم اشتبه الوطء فاذا ادعى الاشتباه سقط الحد للشبهة لكن
لا يثبت النسب لان الفعل زنا في الواقع اذا قال علمت انها علي حرام حد لزوال الاشتباه
ولا يحد قاذف الابن والزوج والعبد بعد الحرية لان الفعل وقع منهم زنا الا ان الحد يسقط
للشبهة وقاذف الزاني لا يحد قال في الاجناس قال في امالي الحسن قال ابو حنيفة اذا
زنى بجارية امراته وقال ظننت انها لي حلال عليه العقر ولا حد عليه ولا يثبت نسب الولد
ان جاءت به صدقته المراة او لم تصدقه ولو قال علمت انها علي حرام لا عقر عليه وعليه
الحد ولا يثبت النسب **قوله** وظنه في الاستمتاع اي ظن الواطئ الانبساط في الانتفاع اكلا و
استعمالا في حل الاستمتاع بالجارية فكانت الشبهة شبهة اشتباه **قوله** وكذا اذا قالت
الجارية ظننت انه يحل لي والفحل لم يدع اي لا يحد الواطئ اذا لم يدع الاشتباه اذا قالت
الجارية ظننت انه عند مولاي او مولاي او ابن مولاي او مولاتي او عند سيدي يحل لي لان
دعوى الاشتباه يسقط عنها الحد فاذا سقط عنها سقط عنه لان الفعل واحد فان قلت
يشكل هذا بما اذا زنا بالغ بصبية حيث يجب عليه الحد ولا يجب عليها مع ان الفعل واحد قلت نعم
ان الفعل واحد لكن درء الحد عنها لا للشبهة بل لعدم اهليتها للعقوبات لكونها
من نوع القلم فلم يوثر ذلك في الاسقاط الحد عنه لعدم الشبهة بخلاف ما نحن فيه فان
سقوط الحد عن احد الجانبين للشبهة يوثر الشبهة في اسقاط الحد في الجانب الاخر
ايضا لان الفعل واحد **قوله** في الظاهر اي في ظاهر الرواية **قوله** وان وطئ جارية
اخيه او عمه وقال ظننت انها تحل لي حد وذلك لانه لا شبهة هنا لا في الملك ولا في الفعل
لعدم الانبساط فلا يعتبر دعوى الظن وكذا الحكم في ساير المحارم سوى قرابة الولادة
كالخال والخالة وغيرهما لهذا المعنى **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لانه لا انبساط في
المال فيما بينهما **قوله** ومن زفت اليه غير امراته وقال النسا انها زوجتك فوطئها
لا حد عليه وعليه المهر هذا لفظ القدوري في مختصره اما عدم وجوب الحد فلان الموضع
للاشتباه موضع

موضع الاشتباه بيانه ان الانسان لا يميز بين امراته وبين غيرها في اول الوهلة
الا بالاخبار وخبر الواحد مقبول في الامور الدين والمعاملات ولهذا اذا جاءت
الجارية وقالت بعثني مولاي اليك هدية يحل وطيها اعتمادا على قولها فلما كان الموضع
موضع الاشتباه تحققت الشبهة فسقط الحد واما وجوب المهر فلان البضع لا يخلو من
احد الموجبين بانه لخطر المحل اما الحد واما المهر فلم يجب الحد للشبهة فيجب المهر
وهو مويد بقضاء علي رضي الله عنه دون اصحابنا في كتبهم انه قضى كذلك وثبت نسب الولد
ان جاءت به وليست كالتي يخبرها وقال حسبتها امراتي حيث لا يثبت نسب ولدها ويجب
عليه الحد وبه صرح في الكافي والحاكم ويجب على المزفوفة العدة وقد مر فصلها في باب
العدة فينظر ثمه قوله وقال النسا بتذكير الفعل لان تانيث الجمع ليس بحقيقي قال الله تعالى
واذا جاءك المومنات وفي بعض النسخ وقلن النسا وذلك لا يجوز على اللغة الفصيحة و
يجوز على ضعف كقولهم اكلوني البراغيث حكاه سيبويه ومعنى قوله زفت اي بعثت وهو
من باب فعل يفعل بفتح العين في الماضي وضمها في المستقبل يقال [illegible] اول وهلة
اي اول كل شيء **قوله** فصار كالمغرور اي صار الذي زفت اليه غير امراته فوطئها مغرور
كالمغرور وهو الذي وطئ امراة معتمدا على ملك اليمين او نكاح ثم استحقت فلا يجب عليه
الحد للاشتباه فكذا الذي زفت اليه غير امراته لهذا المعنى **قوله** ولا يحد قاذفه الا
في رواية عن ابي يوسف اي لا يحد قاذف الذي زفت اليه غير امراته فوطئها في ظاهر الرواية
لان قاذف الزاني لا يحد وهو المقذوف هنا زاني لانه لا ملك في الاجنبية فيسقط احصانه فهذا
معنى قوله لان الملك منعدم حقيقة وروي عن ابي يوسف في غير ظاهر الرواية انه يحد
لان احصان المقذوف لم يسقط لانه بنى الامر على الظاهر جواب لما ظهر ان الواقع خلاف
الظاهر بقي الظاهر شبهة في اسقاط الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا **قوله**
ومن وجد امراة على فراشه فوطئها فعليه الحد هذا لفظ القدوري وقال الشافعي لا حد
عليه للاشتباه وهو قول زفر ايضا ذكره في التحفة ولنا ان المسقط للحد في وطء الاجنبية
هو الشبهة ولا شبهة هنا بعد طول الصحبة فيجب الحد الا ترى انه قد ينام في دار انسان

سائر المحارم كالاخت والبنت والعمة والخالة فيتفق بعضهن على فراش زوجته وكذلك
قد تنام حبائب زوجته على فراشها فلا يكون وجود المراة على فراش الزوج دليلا على
انها زوجته والظن اذا لم يستند الى دليل لا يعتبر فلا جرم تجب الحد بخلاف الاجنبية
التي زفت وقالت النساء هي زوجتك حيث استند الظن الى الدليل وهو اخبار النساء
فاعتبر شبهة فبطلت المقايسة **قوله** وهذا لانه قد تنام على فراشها غيرها من المحارم
اشارة الى قوله لانه لا اشتباه يعني انما قلنا لا اشتباه لانه قد تنام على فراش الزوجة
غير الزوجة من المحارم فلا يكون مجرد النوم دليلا على ان النائمة هي زوجته **قوله**
وكذا اذا كان اعمى اي اذا وجد الاعمى في بيته او فراشه زوجته امراة فوطيها على ظن انها
امراته تجب عليه الحد لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة لانه يمكن ان يميز امراته بالسوال
او غيره من العلامات عن غيرها الا اذا دعاها وقالت انا امراتك فوطيها على الظن
لا تجب الحد لان الظن استند الى دليل وهو اخبارها بخلاف ما اذا ادعاها فاجابته اجنبية
بالفعل فوطيها على ظن انها امراته تجب الحد قال صاحب التحفة اذا ادعى امراته فاجابته
امراة وقالت انا فلانة امراتك فوطيها فلا حد عليه فاما اذا اجابته ولم يقل انا
فلانة تجب الحد لانه يمكنه ان يتفحص اكثر من هذا فلا يصير شبهة فيجب الحد **قوله**
ومن تزوج امراة لا يحل له نكاحها فوطيها لا يجب عليه الحد هذا لفظ القدوري
وهذا قول ابي حنيفة وزفر لكن تجب عليه المهر اي مهر المثل كذا في خلاصة الفتاوى
وعند ابي يوسف ومحمد والشافعي ان علم الواطي انها حرام فعليه الحد في كل وطء حرام
على التابيد ان كان لا يعلم فلا حد عليه وفيما ليس حراما على التابيد فلا حد عليه كالنكاح بغير
ولي وبغير شهود قال الحاكم في الكافي رجل تزوج امراة ممن لا تحل له نكاحها فدخل بها قال
لا حد عليه وان فعله على علم لم يحد ايضا ويوجع عقوبة في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف
ومحمد اذا علم بذلك فعليه الحد ودل ان المحرم منه الى هنا لفظه اراد بنكاح من لا تحل له
نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة
واخت المراة في عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد والامة بلا اذن المولى

النكاح

والنكاح بغير شهود ففي كل هذا لا تجب الحد عند ابي حنيفة وان قال علمت انها علي حرام
وعندهما تجب الحد اذا علم بالتحريم والا فلا ولكنهما قالا فيما ليس حراما على التابيد لا يجب
الحد كالنكاح بغير شهود وجه قولهما ان هذا زنى محض لاضافة العقد الى محل مجمع على تحريمه
فيلغو الاضافة لعدم المحل كما اذا اضاف العقد الى الذكور فلا يكون العقد شبهة خلافا لما
اذا لم يعلم بالتحريم لان الشرعيات لا يثبت حكمها قبل السمع ولابي حنيفة ان الوطء اذا كان
في شبهة الحل لا تجب الحد وهذا وطء في شبهة الحل فلا تجب به الحد كما اذا وطئ امته وهي اخته
من الرضاع وانما قلنا انه في شبهة الحل لان الوطء حصل عقيب النكاح المضاف الى محل انا ودل المقاصد
النكاح والنكاح صيغته زوجت وتزوجت وما يجري ذلك المجرى من الالفاظ والمقاصد المطلوبة
من النكاح قضاء الشهوة والولد والسكن وهذه المقاصد تحصل بكون المحل انثى من بنات ادم ولا
شك ان المحل بهذه الصفة فكان ينبغي ان يثبت العقد حقيقة الحل لكن لم يثبت لاقتضاء النصوص خلاف
ذلك ولا مانع من ثبوت شبهة الحل فيثبت بصورة العقد لان العقد والملك كل واحد منها
سبب لاباحة الوطء اذا لم يكن ثمة مانع ثم الملك اذا وجد غير مبيح للوطء يكون شبهة كما في الجارية
المشتركة والمجوسية والامة الرضاعية فكذلك العقد يكون شبهة اذا وجد غير مبيح بل اولى
لان العقد اخص بالاباحة من الملك لانه لم يشرع في موضع لا يتصور فيه الحل وقد شرع الملك
في موضع لا يتصور فيه الحل كالنظاير فان **قلت** قد قال الله تعالى حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم
الاية فاذا ثبت الحرمة من كل وجه انتفى الحل من كل وجه فمن اين ثبتت شبهة الحل **قلت**
سلمنا ان الحل انتفى من كل وجه ونحن لا ندعي الحل من وجه حتى يرد السوال بل ندعي شبهة الحل
لصورة العقد وهي حاصلة لان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت فلا يرد السوال فان
قلت لو كانت الشبهة ثابتة لوجب العدة وثبت النسب قلت منع بعض اصحابنا عدم وجوب
العدة وعدم ثبوت النسب وعلى تقدير التسليم نقول ليس وجوب العدة وثبوت النسب على
وجود الحل من وجه او من كل وجه وهنا لم يوجد الحل اصلا يعني بالحل ان يكون الفاعل على
حالة لا يلزم عليها وههنا يلزم الواطي ويعزر عقوبة عليه والباقي يعرف في كتب اصحابنا
المتقدمين انشاء الله تعالى وهذا القدر يكفي لمن له لب **قوله** يوجع عقوبة يعني يضرب

من الالفاظ صح

بطريق التعزير وهو ضرب تاديب لما عقوبته عليه لا بطريق الحد **قوله** لحكمه اي الحكم المتعرف
قوله وهي من المحرمات اي المراة التي لا تحل له نكاحها **قوله** وهو المقصود اي التوالد
هو المقصود من عقد النكاح **قوله** الاية اي تلك جريمة استثنائية من قوله فيورث الشبهة
اي يورث العقد الشبهة فلا يجب الحد الا انه ارتكب معصية ليس فيها حد مقدر فيعزر والجرم
الذنب **قوله** ومن وطي اجنبية فيما دون الفرج يعزر لانه منكر ليس فيه شي مقدر اراد الجريمة
بالوطي فيما دون الفرج التفخيذ ونحوه لا الاتيان في الدبر لانه ياتي عقيب هذا **قوله**
ومن اتى امراة في موضع المكروه او عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة و
يعزر هذا لفظ القدوري ذكره في مختصره وقال ابو يوسف ومحمد هو كالزنا قال في
الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الذي يعمل عمل قوم لوط قال لا ابدي بحد
الزنا لكنه يحبس ويضرب وفي قول ابي يوسف ومحمد يجب حد الزنا اعلم ان الرجل اذا اتى امراة
في الموضع المكروه اي في الدبر او عمل مع الغلام عمل قوم لوط فلا حد عليه عند ابي حنيفة
لكنه يعزر ويحبس الى ان يتوب او يموت كذا ذكره علاء الدين العالم في طريقه الخلاف وعند ابي يوسف
ومحمد يجب عليه حد الزنا ان كان محصنا يرجم وان كان غير محصن يجلد لكن هذا الحكم عندهما
في غير الزوجة وفي غير المملوكة فان من اتى امراته او امته في غير ماتاها لا حد عندهما
ايضا وان كان محرما عليه وبه صرح في الزيادات وذلك لان من الناس من يستحله بتاويل
القران قال الله تعالى الا على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم ولم يفصل بين محل ومحل وقال مالك
في الموطا يرجم الفاعل والمفعول به احصنا او لم يحصنا اذا اشهد عليهما اربعة عدول وقال
الشافعي اللوطي يرجم يقتل الفاعل والمفعول على قول والرجم بكل حال على قول في احصنا
او لم يحصنا والتعزير على قول وهو كالزنا على قول وهو يوجب الرجم في المحصن والجلد في غيره والغلام
المملوك كغير المملوك على الاصح وقال احمد ابن حنبل ومن يلوط بغلام قتل بكرا كان او ثيبا في احدى
الروايتين عنه وفي الاخرى حكمه حكم الزنا لنا ما روي في السنن وفي مسند احمد عمرو ابن ابي
عمرو عن عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه من وجدتموه يعمل عمل
قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به ولابي يوسف ومحمد قوله تعالى اتاتون الفاحشة
ماسبقكم

ما سبقكم بها من احد من العالمين بيانه ان الله تعالى سمى هذا العمل فاحشة فكان حكمه حكم
الزنا فيجب على اللواط ما يجب على الزاني ولان الغسل يجب على الفاعل والمفعول به بمجرد
الايلاج وان لم يوجد الانزال نص عليه في الزيادات فكان في معنى الجماع في القبل فلما كان في
معنى الجماع في حق الغسل كان في معناه في وجوب الحد ايضا ولان الصحابة اختلفوا في حده قال
بعضهم ينكسان من اعلى الموضع وقال بعضهم يحبسان في انتن المواضع حتى يموتا وقال بعضهم
يهدم عليهما الجدار فعلم ان في اللواطة حدا ولابي حنيفة ان فعل اللواطة لا يساوي الزنا
في كونه جناية وقبحا فلا يساويه في الحد كوطي البهيمة بيانه ان في الزنا اضاعة الولد وافساد
الفراش فلا يوجد ذلك في اللواطة اما اضاعة الولد فلان الوطي في القبل سبب لحصول
الولد ظاهرا او غالبا ثم اذا حصل الولد لا يقوم بحضانته وتربيته لا الزاني ولا الزوج لعدم
الوثوق بكون الولد منه والام عاجزة عن الانفاق عليه فيضيع الولد واما افساد الفراش
فنعني به اشتباه النسب على المدعي لان كل زان يدعي الولد انه منه فيؤدي الى التفاني و
التخاصم بين القبائل ولم يوجد هذان المعنيان في اللواطة لانه لا ولد ثم ولا نسب فلم يكن
في معنى الزنا فلم يثبت الحكم في اللواطة بالدلالة لقصوره معنى الدلالة ولان اللواطة لو كانت
زنا وحد الزنا معلوم في كتاب الله تعالى لما اختلف الصحابة فيما يجب على اللوطي لانهم اهل اللسان
ولا يخفى عليهم كتاب الله ظاهرا ولان الوطي في القبل مرة تجب الحد ومرة تجب المهر واللواطة لا يجب
المهر اصلا فينبغي ان لا يجب الحد ايضا ولان فعل اللواط لو كان زنا لحل بما يستحل به البضع وهو
عقد النكاح او ملك اليمين وحيث لم يستحل دل انه ليس بزنا ولا يقال الحق بحكم الزنا في اللواطة
قياسا على الزنا لان الحد لا يجوز اثباته بالقياس لشبهة في الزاني والجواب عما احتجوا فنقول
كلما يروى في هذا الباب عن النبي صلى الله عليه او عن الصحابة من القتل او الرجم والتنكيس
وغيره لذلك فذلك محمول على التعاشر وعندنا يجوز ذلك بطريق التعزير والسياسة الا ترى
الا انا قال في الزيادات يجب التعزير والراي الى الامام ان شاء قتله اذا اعتاد ذلك وان شا
ضربه وحبسه وقد قال يحيى ابن معين في الجرح والتعديل وحديث عمرو بن ابي عمرو عن عكرمة
عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه قال اقتلوا الفاعل والمفعول به منكر والفاحشة المذكورة

في الآية لا يدل على ان اللواطة زنى لان الفاحشة اسم عام يقع على الزنا وغيره الا ترى الى
قوله تعالى واذا فعلوا فاحشة قالوا وجدنا عليها اباءنا والله امرنا بها والمراد بها تحريم
ما احل الله لهم من البحيرة والسائبة ونحو ذلك ووجوب الغسل احتياط والحد لا يحتاط في
وجوبه بل يحتال في درءه لقوله عليه السلام ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم والباقي
يعرف في كتب اصحابنا المتقدمين **قوله** زنى بامرأة في الموضع المكروه اي في الدبر او عمل
عمل قوم لوط اي في دبر الذكر **قوله** ولهما انه في معنى الزنا الضمير يعود الى المحل
اللواطة في بعض النسخ ولهما انهما اي ان الاتيان في موضع المكروه من المرأة وعمل
قوم لوط في معنى الزنا لانه قضاء الشهوة في محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض
حراما وقيد الكمال احترازا عن البهيمة لان محلها ينفر عنه الطبايع السليمة فلم يكن
مشتهى على سبيل الكمال **قوله** وله انه ليس بزنا لاختلاف الصحابة اي الاتيان في الدبر
ليس بزنا لاختلافهم فلو كان زنا لما اختلفوا لان حكم الزنا معلوم بالكتاب **قوله** ولا
هو في معنى الزنا عطف على قوله ليس بزنا **قوله** وكذا هو اندر وقوعا لانعدام الداعي
في احد الجانبين اي فعل اللواطة اندر وقوعا من فعل الزنا لان الداعي الى الزنا منهما جميعا
والداعي الى اللواطة لم يوجد من جانب المفعول به فلم يكن في معنى الزنا فلا يثبت حكمه
فيها قياسا **قوله** وما رواه اي ما رواه الشافعي وهو قوله عليه السلام اقتلوا الفاعل
والمفعول **قوله** الا انه يعزر عنده اي يعزر اللوطي عند ابي حنيفة وان كان لا يحد وهو
استثناء من قوله ليس بزنا ولا هو في معنى الزنا **قوله** لما بيناه اشارة الى قوله لانه
منكر ليس فيه شيء مقدر **قوله** ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه هذا لفظ القدوري وعن الشافعي
في وطء البهيمة قولان احدهما التعزير وفي قول الاخر يقتل الفاعل ويقتل البهيمة ايضا والاصل
هنا ما روي في السنن مسندا الى عاصم عن ابي رزين عن ابن عباس قال ليس على الذي يأتي البهيمة
حد ولان هذا الفعل ناقص فلا يلحق بالزنا في ايجاب الحد بيانه انه ليس فيه اضاعة الولد و
افساد الفراش والذي يأتيه سفيه تنامى شبقه الا ترى ان الطبايع السليمة ينفر عنه و
لهذا لم يجب ستر فرج البهيمة لكنه يستحق الادب لاتيانه القبيح فيعزر فان قلت قد روى
صاحب السنن

صاحب السنن باسناده الى عكرمة عن ابن عباس قال قال رسول الله عليه من اتى بهيمة
فاقتلوه واقتلوها معه قلت ذلك محمول على السياسة بدليل ما روينا عن ابن عباس
انفا لانه لا يجوز له ان يروي عن النبي صلى الله عليه شيا ثم يخالفه قال الطحاوي
وان اتى بهيمة وجب التعزير وتجب الحد ان كانت البهيمة له ذبحت ولا يؤكل قال الاسبيجابي
في شرح الطحاوي وليس هذا عن اصحابنا في كتبهم فاما محمد روى عن عمر رضي الله عنه انه
لم يحد واطئ البهيمة وامر بالبهيمة حتى احرقت بالنار وقال شمس الائمة السرخسي الاحراق جايز
وليس بواجب فان كانت الدابة مما يؤكل لحمها يذبحها وتؤكل ولا تحرق بالنار على قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف تحرق بالنار ويضمن الفاعل القيمة ان كانت لغيره لانه قتلت لاجله كيلا
يعير **قوله** لانه ليس في معنى الزنا اي لان وطء البهيمة ليس في معنى الزنا لانه في كونه
جناية لانه ناقص فلا يجد وجود الداعي لنفرة الطبع السليم عنه اي عن وطء البهيمة
قوله وفرط السبق وهو شدة الغلمة **قوله** ولهذا لا يجب ستره ايضاح قوله لان
الطبع السليم ينفر عنه اراد به ستر فرج البهيمة **قوله** لما بينا اشارة الى
قوله انه تكب جريمة وليس فيها حد **قوله** والذي يروى انه يذبح البهيمة ويحرق
فذلك لقطع التحدث به وليس بواجب يعني انه روي عن عمر رضي الله عنه احراق البهيمة فانما
كان ذلك لقطع التحدث لا لانه واجب بطريق الحد لما روينا عن ابن عباس بيانه اي لان
الناس اذا راوا البهيمة ربما يقولون هذه هي البهيمة التي فعل بها فلان فيتعير به فلذلك
ويتضرر ويقعون ايضا في الغيبة ولاجل ذلك احرقت قطعا لتحدث الناس **قوله**
ومن زنى في دار الحرب او في دار البغي ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد وهذا لفظ القدوري في
مختصره وقال الشافعي يجب عليه الحد **اعلم** ان المسلم اذا دخل دار الحرب بامان فزنى
هناك بمسلمة او ذمية ثم خرج الى دار الاسلام فاقر به لم يحد وكذلك سرية من المسلمين
دخلت دار الحرب فزنى رجل منهم هناك لم يحد وكذلك العسكر ولا يقيم الحدود والقصاص
الامير مصر يقيم الحدود على اهله فيغزو بهم فانه يقيم الحدود والقصاص في دار الحرب اذا
غزا بهم هكذا نص الحاكم الشهيد في الكافي وجه قول الشافعي ان المسلم ملتزم لحكم الاسلام

فيلزمه ايما كان وقلنا ان الحد لو وجب لا يخلو اما ان يجب للاستيفا او لا للاستيفا فلا
يجوز الثاني لعدم الفايدة لان الحد انما يجب لزجر الناس عن الفساد ولا يحصل الزجر بدون
الاستيفا ولا يجوز الاول ايضا لعدم قدرة الامام على الاستيفا في دار الحرب او اهل البغي
فيسقط الحد اصلا لان المقصود من الوجوب الحكم وهو الاستيفا وقد سقط الحكم فيسقط
الوجوب ولا يقام بعد خروجه الينا لانه وقت وجود اسباب الحد لم يكن للامام يد فيكون
ذلك شبهة في سقوط الحد هذا معنى قوله لانها لم ينعقد موجبة فلا ينقلب موجبة بخلاف
ما اذا كان امير المصر من العسكر اذ ولاية اقامة الحد له قائمة فيقيمه وليس كامير العسكر
او السرية الذي هو خلفهم لانه ليس له ولاية اقامة الحد حيث لم يفوض له فان
قلت قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة عام
فينبغي ان يجب الحد على من زنى في دار الحرب او في دار اهل البغي قلت النص
خص منه الصبيان والمجانين ومواضع الشبهة فخص المتنازع ايضا بخبر الواحد
والقياس لانه بعد لحوق الخصوص لم يبق حجة قطعا ويقينا وقد روى اصحابنا
في كتبهم عن رسول الله صلى الله عليه انه قال لا يقام الحدود في دار الحرب والمرسل
عندنا حجة كالمسند قوله احكامه اي احكام الاسلام قوله ايما كان مقامه
بضم الميمين اي ثبت موضع اقامته والضمير راجع الى من زنى فيهما اي في دار الحرب
ودار البغي واهل البغي طايفة من المسلمين يخرجون على الامام ولهم قوة وشوكة ومنعة
ويخالفون بعض احكام المسلمين والناس ويظهرون على بلدة من البلاد قوله لانها لم ينعقد
موجبة اي لان هذه الفعلة او الزنية قوله لانه تحت امره اي لان من زنى في عسكر من
له الولاية كالخليفة تحت امره قوله والسرية وهم الذين يسيرون بالليل ويخفون
بالنهار ومنه خير السرايا اربعماية قوله واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية
او زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند ابي حنيفة ولا يحد الحربي والحربية وهذه
من مسايل الجامع الصغير المعادة وصورتها في محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في حربي
دخل دارنا بامان فزنا بذمية قال لا يحد الحربي ويحد الذمية وقال ابو يوسف يحدان
جميعا

جميعا وقال محمد لا يحد الحربي واحد منهما وان دخلت حربية بامان فزنى بها ذمي يحد
الذمي ولم تحد الحربية عند ابي حنيفة وعند ابي يوسف يحدان جميعا قال فخر الاسلام
ويجب ان يكون قول محمد في هذا مثل قول ابي حنيفة قال الحاكم في الكافي واذا زنى الحربي
المستامن بالمسلمة او الذمية فعليهما الحد دون الحربي في قول ابي حنيفة وقال ابو
يوسف اولا لا حد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعا وقال محمد بقوله
الاول وان زنا المسلم او الذمي بالحربية المستامنة حد الرجل في قول ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف يحدان جميعا الى هنا لفظه ولو زنى حربي مستامن بحربية مستامنة
يحدان عند ابي يوسف وعندهما لا يحدان كذا في المختلف والاصل هنا ان الحربي لا يجب عليه
شي من الحدود كحد الزنا والسرقة والشرب الا حد القذف فانه يجب عند ابي حنيفة ومحمد
وقال ابو يوسف يجب عليه جميع الحدود الا حد الشرب والحاصل ان حد الخمر لا يجب عليه
بالاتفاق لانه يراه حلالا وحد القذف يجب بالاتفاق لان فيه حق العبد وحد الزنا و
السرقة عنده يجب وعندهما لا وجه قول ابي يوسف ان الحربي كالذمي في المعاملات
لانه التزم احكامنا ما دام في دارنا ولهذا يواخذ بالقصاص وحد القذف فلما كان الذمي
يجب عليه الحد فكذا هذا ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الحربي ليس كالذمي لانه ما دخل
دارنا للقرار والسكنى بل لقضاء الحاجة ولهذا يخلى سبيله اذا عزم على الرجوع الى
دار الحرب بخلاف الذمي حيث لا يمكن من الرجوع فلو ان الحربي قتله مسلم او ذمي لا يقتص به
والذمي اذا قتله مسلم يقتص به عندنا فعلم ان الحربي لم يكن كالذمي وانما يلزمه ما التزم من
الحقوق لا ما لم يلتزم وقد التزم حقوق العباد لانه لما دخل بالامان التزم ان لا يوذي
كما طمع ان لا يوذى فلما باشر الاذى يواخذ به كالقصاص وحد القذف لانه التزم حق العبد
فاما حد الزنا فانه حق الله فلم يلتزمه فلا يلزمه ثم لا بد من الفرق بين المسلم والذمي اذا زنا
بحربية مستامنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة او الذمية اذا زنت
بحربي حيث لا يجب الحد عنده عليهما جميعا لان الاصل في باب الزنا فعل الذكر والمراة تا
بعة لكونها محلا فوجب من امتناع الحد على الاصل امتناعه على التبع ولم يلزم من امتناع الحد

على التبع امتناعه على الاصل ولهذا اذا زنى بالغ بصبية او مجنونة يحد البالغ دونهما ولو زنت
البالغة بالصبي او المجنون لا يحد على احد عندنا ولابي حنيفة ان تمكين المراة من فعل الزنا
قد وجد لان فعل المستامن زنا لكونه مخاطبا بالحرمات دون العبادات على ما عليه بعض
اهل التحقيق من اصحابنا الا انه لم يوخذ بحكم الفعل لمانع لانه لم يلتزم حق الله تعالى
المراة تابعة في نفس الفعل لا في حكم الفعل ولهذا اذا زنى غير محصن بمحصنة يجلد الرجل و
ترجم المراة فلا يكون عدم احصانه شبهة في حقها فلما لم يكن المراة تابعة وجب الحد
على المراة وان لم يجب على الرجل بخلاف الصبي والمجنون حيث لا يوصف فعلهما زنا لعدم الخطاب
فلا يجب الحد على المراة ايضا **قوله** يعني اذا زنى حربي اي زنى الذمي **قوله** لابي يوسف
هذا دليل قوله الاخر **قوله** ولهذا يمكن من الرجوع اي يمكن الحربي المستامن **قوله** ولا
يقتل المسلم ولا الذمي اي بالحربي المستامن **قوله** لما طمع الانصاف ويلتزم الانتصاف
اي لما طمع الحربي في انصاف المسلمين اي طمع العدل لاجله على غيره التزم الانتصاف ايضا اي قبول
العدل لغيره عليه يقال انصفت الرجل انصافا اذا اعطيت الحق وتناصف القوم اذا تعاطوا
الحق بينهم كذا في الجمهرة **قوله** ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة اي نظير
الاختلاف الواقع بين ابي حنيفة ومحمد اذا زنى المكره بالمطاوعة يحد المراة عند ابي حنيفة
ولا حد عند محمد لانها تبع للرجل ولابي حنيفة انها تبع في نفس الفعل لا في حكمه وقد مر ذلك **قوله**
واذا زنا الصبي والمجنون بامراة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وهذه من مسايل الجامع الصغير
المعادة وهي من مسايل طريقة الخلاف وعند الشافعي يجب الحد على المطاوعة وهو قول زفر
قال صاحب الهداية وهو رواية عن ابي يوسف وقال في الجامع الصغير ولو زنا صحيح بصبية يجامع
مثلها او مجنونة فعليه الحد وهذا بالاجماع **لزفر** والشافعي ان الله تعالى سماها زانية فاوجب
على الزانية الحد والمطاوعة وجد منها الزنا فيجب عليها الحد وان لم يجب على الذكر لجنونه او صغره
وهذا لان الزنا قضاء الشهوة بالفرج بالتقاء ظاهر فرج الذكر باطن فرج الانثى على وجه
حرام خال عن الشبهة وقد وجد هذا المعنى ولهذا لا يوجب العذر من جانبها بان كانت مجنونة او
مكرهة او صبية او نايمة سقوط الحد عن جانب الرجل بالاتفاق فينبغي ان لا يوجب العذر من جانبه

بان كان

بان كان صبيا او مجنونا سقوط الحد عنها ايضا والجامع كون كل واحد منهما مواخذا بفعله
ولنا ان حد الزنا يجب على الرجل لوجود الزنا منه حقيقة ويجب على المراة
باعتبار التمكين من الزنا ولم يوجد التمكين من الزنا في هذه الصورة لان فعل الصبي
والمجنون لا يوصف بالزنا فلم يجب على المطاوعة ومتى تبع في فعل الزنا اذ لم يجب على الاصل
وهو الذكر وقولهما بان الزنا وجد منها استدلالا بان الله تعالى سماها زانية قلنا لا نسلم
ان الزنا وجد منها حقيقة لانها مزنية وتسميتها تعالى زانية مجاز باعتبار التمكين من الزنا
ولم يوجد التمكين من الزنا هنا او باعتبار اطلاق اسم المفعول على الفاعل لقوله في عيشة راضية
عايشة رضي الله عنها اي مرضية على احد التاويلين فان قلت يرد عليكم مسايل و
هو ان المكره اذا زنى بطاوعة تجب الحد عليها لا عليه وكذا المستامن اذا زنى بمسلمة تجب
عليه الحد عليها لا عليه وكذا المراة اذا مكنت نفسها من النايم تجب الحد عليها لا عليه فعلم بذلك ان امتناع
الحد على الذكر لا يوجب امتناعه على المراة **قلت** المسايل ممنوعة لان الحاكم الشهيد نص
على الرجل اذا اكرهه السلطان على الزنا بامراة مطاوعة فلا حد على واحد منهما وهو قول
ابي حنيفة المرجوع اليه لذا قال الحاكم اما في المسئلة الثانية فقد وجد تمكين المراة من الزنا
لان الكافر مخاطب بالحرمات بخلاف ما اذا كان الفاعل صبيا او مجنونا حيث لم يوجد التمكين
من الزنا اصلا لان فعلهما لا يوصف بالزنا لارتفاع القلم لكن الحد لم يلزم الكافر لانه
لم يلتزم حقوق الشرع واما تمكينها نفسها من النايم فممنوع اذ لا يجب الحد عليهما
جميعا بهذا اجاب الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف والى هذا اشار في شرح الطحاوي
ايضا لانه قال الاصل ان الحد متى سقط عن احد الزانيين بشبهة سقط عن الاخر للشركة
كما اذا ادعى احدهما النكاح والاخر ينكره ومتى سقط عن احد الزانيين بقصور الفعل
فان كان القصور من جهتها سقط عنها ولا يسقط عن الرجل كما اذا كانت صبية يجامع
مثلها او مكرهة او مجنونة او نايمة لم يجب الحد عليها ويجب على الرجل وان كان القصور
من جهته سقط الحد عنهما جميعا كما لو كان مجنونا او مكرها او صبيا لكن هذا اللفظ يعلم ان المكنة
من النايم لا يجب عليها الحد لان القصور من جهة الرجل فظهر من هذا ان ما قال بعضهم في شرحه

من وجوب الحد عليها لانها وجدتها فعل خلاف الرواية **قوله** واذا زنا صحيح بمجنونة
او صغيرة تجامع مثلها احد الرجل خاصة وانما قيد بقوله تجامع مثلها لانها اذا لم يكن
تجامع مثلها فوطيها لا يجب عليه الحد لانه كاتيان البهيمة لان الطباع السليمة لا يرغب في
مثلها الا ترى الى ما قال صاحب الاجناس في كتاب الصوم ولو وطي الرجل جارية لها خمس
سنين وافضاها ولا تحتمل الوطي لصغرها لا كفارة عليه لا ينفطر اذا لم ينزل وهو كايلاج
البهيمة ونقل ايضا صاحب الاجناس عن سواحرس ابن رستم قال ابو حنيفة اذا جامع
ابنة امراته وهي صغيرة لا يجامع مثلها فافضاها وافسدها **لا تحرم** عليه
امها لان هذه ممن لا يجامع وقال ابو يوسف اكره له الام والابنة وقال التنزه احب
الي لكن لا يفرق بينه وبين امها **قوله** وهذا بالاجماع اشارة الى الحد الرجل خاصة
قوله لها اي لزفر والشافعي **قوله** منها اي من الرجل والمراة او من الذكر والانثى
قوله ولكونها مسببة اي صاحب سبب عطف على قوله تسمية للمفعول اسم الفاعل
كلاهما تعليل لتسميتها زانية مجازا يعني انما سميت المراة زانية مجازا لاحد هذين
المعنيين **قوله** وهو فعل من هو مخاطب هو الاول راجع الى الزنا والثاني الى من
قوله وفعل الصبي ليس بهذه الصفة لان الصبي ليس بمخاطب بالكف عن الزنا وليس
بمؤثم ايضا اذ ابا شروط الاجنبية لان القلم مرفوع عنه بالحديث وكذا فعل المجنون لما
كان فعلها بهذه المثابة لم يتعلق به الحد **قوله** ومن اكرهه السلطان حتى زنا فلا حد
عليه وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه قال عن ابي حنيفة في رجل اكرهه
السلطان حتى زنا قال لا حد عليه وان اكرهه غير السلطان ضرب الحد وعندهما غير
السلطان مثل السلطان يعني لا حد عندهما سوا اكرهه السلطان او غيره وهذا الذي
ذكره عن ابي حنيفة هو من عدم وجوب الحد على المكره **قوله** المرجوع اليه وكان
يقول اولا عليه الحد وهو قول زفر كذا في شرح الطحاوي ثم رجع وقال لا حد عليه لكن
يعزره وهو قولهما كذا في شرح الطحاوي ايضا وجه قوله الاول ان الزنا لا يتحقق الا
بعد انتشار الالة والانتشار دليل الرضا فاذا جاء الرضا زال الاكراه فيجب الحد وجه

قوله

قوله الاخير ان الانتشار من طبع الذكورة ان الانسان الذكر قد يجب التسري طبعا ولا يجب
ديانة فلم يكن مجرد الانتشار دليل الرضا كما يقوم ذلك كذلك في النوم فلم يجد
ما يزيل الاكراه فلم يجب الحد بالاكراه ثم الاكراه لا يتحقق عند ابي حنيفة الا من
السلطان حتى قال اذا اكرهه غير السلطان على الزنا حد لانه لم يوجد الاكراه وعندهما اذا
جاء من غير السلطان مثل ما جاء من السلطان فهو اكراه حتى لا يحد اذا اكرهه غير السلطان
كما اذا اكرهه السلطان وجه قولهما ان المؤثر في الحكم هو الالجاء وخوف التلف وهذا المعنى
ربما يتحقق من غير السلطان وجه لابي حنيفة ان الاكراه الواقع من غير السلطان لا يدوم بل يقع نادرا
والنادر لا يعتد به في الشروع وانما قلنا انه لا يدوم بل يقع نادرا لان المكره يتمكن من دفع الاكراه
اذا دفع من غير السلطان بالسلطان او بجماعة المسلمين او بنفسه بالاستعانة بالسلاح وليس
كذلك اذا دفع من السلطان لانه لا يتمكن من دفعه لا بنفسه ولا بجماعة المسلمين فيتحقق
الاكراه فلا يجب الحد فاحتج بقوله **ونستعدي** الامير اذا ظلمنا فمن يعدي اذا
ظلم الامير وبقوله الى ما يسعى من نقض ما ظله الى ابن يسعى من نقض بنائه وفي ظاهر الرواية قول
ابي يوسف مع محمد في هذا الفصل ولكن ذكر الطحاوي قول ابي يوسف مع ابي حنيفة قال الصدر
الشهيد في شرح الجامع الصغير قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لانه لم
يكن في زمن ابي حنيفة لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعها الا ما السلطان في زمانهما ظهرت
القوة لكل متغلب وزماننا كذلك فيفتى بقولهما **قوله** انه طواغية يقال طاغ يطوغ طوغا
وطواغية مثل اطاغ يطيع اطاعة الا انهم يقولون طاع له ولا يقولون طاعه كما يقولون اطاعه
وفلان طوغ يدك اي منقاد لك **قوله** فاورث شبهة اي اورث الاكراه شبهة فلم تحد
قوله ويتحقق اي تحقق خوف الهلاك من غيره اي من غير السلطان **قوله** لتمكنه اي لتمكن
المكره من الاستعانة بالعين المجمهة **قوله** تمكنه بالجر عطف على قوله لتمكنه دفعه اي
دفع غير السلطان **قوله** والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد الضمير في له وفي به
راجع الى النادر **قوله** قال من اقر اربع مرات في مجالس مختلفة انه زنا بفلانة وقالت
هي تزوجني او اقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليها وعليه المهر في ذلك اي

صح
لا اختلاف

بينما اقر الرجل وادعت المراة النكاح وفيما اقرت المراة وادعى الرجل النكاح وهذه من مسايل
الجامع الصغير المعادة وانما قيد بقوله بالاقرار اربع مرات في مجالس مختلفة لانه اذا اقر
اربع مرات في مجلس واحد يعتبر ذلك مرة واحدة وانما الاقرار الموجب للحد هو الذي يتكرر
في مجالس مختلفة من مجلس المقر كلما اقر برده القاضي الى ان يعود اربع مرات ثم اذا اقر في
احديهما هكذا وسال القاضي عن الزنا ما هو وكيف هو ومتى هو وبمن زنى فادعى الاخر النكاح
سقط الحد عنهما وتجب على الرجل العقر وذلك لان دعوى النكاح تحتمل الصدق وصار احتمال
الصدق شبهة في سقوط الحد عن المدعي فاذا سقط عنه الحد سقط عن الاخر ايضا لان
النكاح اذا وجد تام بالطرفين فتعدت الشبهة الى الجانب الاخر ثم لما سقط الحد وجب
العقر ابانة لخطر المحل لكن هذا فيما اذا كان دعوى النكاح قبل ان يحد المقر فاذا كان دعوى
النكاح بعد الحد فلا مهر لها لان الحد لا ينقض بعد الاقامة قال في شرح الطحاوي وان لم
يدع المراة النكاح وانكرت وادعت على الرجل حد القذف يحد الرجل حد القذف ولا يحد حد
الزنا ثم اعلم ان سقوط الحد ووجوب المهر فيما اذا ادعى غير المقر النكاح لم يذكر فيه
خلاف اما اذا اقر احدهما وبقي الاخر الزنا ولم يدع النكاح ففيه خلاف قال الحاكم الشهيد في
الكافي واذا اقر الرجل اربع مرات انه زنى بفلانة وقالت كذب ما زنى بي ولا اعرفه لم يحد الرجل
في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يحد وان قالت زنى بي فستكرهني حد الرجل دونها
واذا اقرت المراة اربع مرات ان هذا زنى بها وكذبها الرجل لم تحد المراة في قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد تحد وان قال الرجل صدقت حدت المراة ولم يحد الرجل لانه لم يقر الا مرة واحدة
لهما ان الاقرار المفترض على نفسه فيؤاخذ بها ولابي حنيفة ان الزنا لا يتصور الا
بالطرفين فاذا سقط الحد عن احدهما بالتكذيب صار ذلك شبهة في الطرف الاخر فيسقط عنه
ايضا **قوله** وعليه المهر في ذلك فان قلت كيف تجب لها المهر اذا اقرت بالزنا وادعى الرجل
النكاح وهي باقرارها بالزنا طالبة للحد ونافية للمهر قلنا نعم ان الامر كذلك لكن الحد سقط عنهما
بشبهة ناشية من دعوى النكاح فبعد سقوط الحد لم يلتفت الى اقرارها بالزنا فاوجب
العقر وهو مهر المثل ابانة لخطر المحل **قوله** فاورث شبهة اي قولها تزوجني او قوله تزوجتها

قوله

قوله ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة قال صاحب الهداية معناه
قتلها بفعل الزنا وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة ولم يذكر فيه الخلاف وكذا الحاكم
الشهيد لم يذكر الخلاف ايضا لكن الفقيه ابو الليث قال في شرحه للجامع الصغير ذكر ابو يوسف
في الامالي ان هذا قول ابي حنيفة خاصة وفي قول ابي يوسف لا حد عليه ولو كانت حرة
فعليه الحد بالاتفاق وكذا ذكر المسئلة مختلفا فيها في المختلف والمنظومة في باب خالف
فيه ابو يوسف ابا حنيفة ولا قول لمحمد فيه قلت انما ذكرت المسئلة في المختلف والمنظومة
كذلك بناء على ما ذكر في الامالي والاشبه ان يكون قول محمد مثل قول ابي حنيفة لان
مسايل الجامع الصغير كلها منصوصة عن ابي حنيفة ولو كان فيها لمحمد قول اخر على خلاف
ابي حنيفة او كان توقف فيها لبين ذلك لكن ابا يوسف انما ذكر في الامالي هذا قول ابي حنيفة
خاصة لان محمدا كان تلميذا لابي يوسف فلم يلتفت الى قوله فلم يعتد بخلافه فوجه قول ابي يوسف
ان الجارية تملكها الزاني قبل اقامة الحد عليه بضمان القيمة لان ضمان القيمة سبب للتملك فلما
ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما اذا ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط
القطع وهذا لان الشبهة الموجودة في السارق كالشبهة الموجودة في الابتداء ولابي حنيفة
لانه لا يملك بالضمان فلا يسقط الحد والامة تملك بالضمان فافترقا ولابي حنيفة انه زنى وجنى
فيؤاخذ بموجب كل واحد منهما فيحد بالزنا ويضمن القيمة بالجناية على النفس ولا منافاة بينهما
يجتمعان فلا يكون ضمان القيمة مانعا عن وجوب الحد لانه ضمان الدم فلا يوجب الملك
فلما لم يملكها لم يسقط الحد لان ضمان الدم لم يورث الشبهة فلو كان هذا الضمان يوجب الملك
لا يوجب في العين التي هي موجودة لا في المنافع البضع التي هي اعراض استوفيت فانعدمت
هذا لان الملك الثابت في باب الغصوب انما يثبت بطريق الاستناد والاستناد يظهر في القايم
لا في الغايب فاذا لم يثبت الشبهة الملك في منافع البضع المستوفاة لم يسقط الحد بخلاف
ما اذا وهب المسروق منه المسروق للسارق قبل القطع فانه تملكه وفيما نحن فيه لم يملك الزاني
الجارية لانه ضمانه ثم ايضا الخصومة شرط اقامة الحد في باب السرقة وبالهبة انقطعت
الخصومة وفي باب الزنا لا يشترط الخصومة فيفسد القياس **قوله** جنا جنايتين فيعمل

وهما الزنا والقتل **قوله** ويتوعا هذا الخلاف ابي شرا الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة
الحد على هذا الخلاف فعند ابي حنيفة ومحمد تحد خلافا لابي يوسف **قوله** فلا يظهر في
المستوفا لكونها مفقودة الضمير راجع الى المستوفا على تاويل منفعة البضع اي لا يظهر
الملك في المنافع المستوفاة لانها انعدمت وبيانه مر انفا **قوله** وهذا الخلاف فيما اذا زنى
بها فاذهب عينها تجب عليه قيمتها وسقط الحد اي هذا الذي قلنا فيما اذا زنى
بجارية فقتلها من وجوب الحد مع ضمان القيمة بخلاف اذهاب العين بالزنا حيث يسقط
الحد بضمان قيمة العين وهي نصف قيمة الجارية لانه لما ضمنها ثبت له ملكها في الجثة العميا
والجثة العميا عين لا عرض فجاز ان يثبت الملك فيها بطريق الاستناد فاورثت كل شبهة
في سقوط الحد في صورة المتنازع فيه لم يثبت الملك في الجارية اصلا لان الضمان ضمان
دم ولم يثبت في المنافع ايضا لانها معدومة فلم يسقط الحد لعدم الشبهة فافهم **قوله**
وكل شي صنعه الامام الذي ليس فوقه فلا حد عليه الا القصاص فانه يوخذ به وبالاموال
وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الامام الذي
ليس فوقه امام اذا صنع شيئا يجب فيه الحد فلا حد عليه واما القصاص والمال
فيوخذ به وفسر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير الامام الذي ليس فوقه امام
بالخليفة **اعلم** انه اذا قذف انسانا او زنا او شرب الخمر فلا حد عليه في الدنيا لان هذه
الحدود مفوض اقامتها واستيفاؤها الى الامام لكونها حق الله تعالى وحد القذف
المغلب فيه حق الله عندنا على ما مر في بابه انشاء الله تعالى ولا يمكن ان يكلف الامام باقامة
الحد على نفسه ولا يقدر القاضي ان يقضي عليه لانه هو الذي ولاه القضاء فسقطت في
الدنيا بخلاف القصاص والمال فانه يواخذ بهما لانه لا يحتاج فيهما الى قضاء القاضي لانهما
من حقوق العباد فصار الخليفة وغيره فيهما سواء وذلك لان صاحب الحق يقدر على
استيفاء حقه اما بتمكين الامام او بمنعة المسلمين ولكل واحد من المسلمين منعة منهم فامكن
استيفاء القصاص والمال فيهم فصح القول بوجوبهما وليس كذلك الحدود المذكورة لان
استيفاءها ليس الى المسلمين بل الى الامام فلا يفيد الوجوب فائدة فعرفت من هذا الـ

امام

اشتراط

اشتراط قضاء القاضي في القصاص ليتمكن الولي من استيفائه لانه لا تجوز بدون
قضائه **قوله** لان الحدود حق الله دليل قوله فلا حد عليه **قوله** واقامتها اليه اي
اقامة الحدود الى الامام لا الى غيره اي غير الامام **قوله** والقصاص والاموال منها
من حقوق العباد **قوله** فحكمه اي فحكم سائر الحدود التي هي حق الله اي فحكم حد القذف
يعني لا يواخذ به الاقامة وختم الباب بمسئلة ذكرها في خلاصة الفتاوى وهي ان
رجلا مر على امراة يقال لها ام عمران وهي مجنونة فقالت له يا ابن الزانيين فدعاها ابن
ابي ليلى فضربها حدين في مسجد الجامع فسمع ابو حنيفة فقال اخطا ابن ابي ليلى في
ستة مواضع ضرب المجنونة والمجنون لا حد عليه اقامة الحد في المسجد والحد لا يقام في
المسجد وجمع بين الحدين وبقول الجماعة لا تجب الا حد واحد ولو الى بين الحدين ولا ينبغي ان
يقام الحد الثاني ما لم يخف الاول وضربها بغير خصم وضربها وهي قائمة والمراة يقام الحد عليها وهي
قاعدة والله اعلم

باب الشهادة على الزنا

والرجوع عنها فذكر في اول كتاب الحدود ان ثبوت الزنا بالبينة والاقرار وبينهما
جميعا ثم احتاج هنا الى ذكر في هذا الباب ما كان سببا لرد الشهادة مثل التقادم و
الرجوع وكون الشهود عميانا او محدودين في القذف ونحو ذلك مثل ظهور المشهود عليها
بالزنا بكرا ومثل كون عدد الشهود اقل من اربعة وغير ذلك كما ذكر في الباب فاخر الباب
لان هذه الاشياء عوارض والاصل عدم العارض **قوله** واذا شهد الشهود بحد
متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة
هذا لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي يقبل شهادتهم وصورة المسئلة في الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل شهدت عليه الشهود بعد حين بسرقة او زنا
او شرب خمر قال لا احده في شي من ذلك الا انه يضمن المسروقة فان اقر بعد حين بذلك اخذ به
الا الشرب فانه لا يوخذ بذلك وهو قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد يوخذ به كما يوخذ
بالسرقة والزنا والاصل هنا ان الشهادة في الحدود التي هي حقوق الله تعالى خاصة
كحد السرقة والزنا وحد شرب الخمر يبطل بالتقادم والاقرار بذلك لا يبطل بعد التقادم

الا الاقرار بشرب فانه يبطل بعد التقادم ايضا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
ابن ابي ليلى الشهادة والاقرار لا يقبلان بعد التقادم كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير وقال الشافعي لا يبطل الشهادة والاقرار بالتقادم اعتبارا بحقوق
العباد لان كل واحد من الحقين واجب الاقامة وابن ابي ليلى جعل التقادم شبهة في الحدود
ولنا ان الشهادة بعد التقادم يورث التهمة في الشهود وشهادة المتهم مر
دودة فلا يقبل بعد التقادم لقوله عليه السلام لا يقبل شهادة خصم ولا ظنين وهو المتهم
وروي عن عمر رضي الله عنه قال ايما الشهود شهدوا على احد لم يشهدوا عند حضرته فانما
شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم ذكره محمد في الاصل وانما قلنا انها بعد التقادم يورث التهمة
لان الشاهد اذا راى اسباب الحد من الزنى والشرب خير بين الستر لقوله عليه السلام
من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والاخرة رواه ابو هريرة وبين الشهادة لقوله تعالى
واقيموا الشهادة لله ثم انه اذا لم يشهد في اول الامر كان اثره على الصلاح بانه يقول انه
اختار الستر المندوب اليه لان الحد فانه لو اختار الحد لما اخر الشهادة يلزم تفسيقه لان
تاخير الحد حرام ثم انه بعد ان اختار الستر اذا شهد بعد التقادم علم انه هيجته الضغينة
او حركته العداوة فاتهم في الشهادة فلم يقبل بخلاف حد القذف فان التقادم لا يبطله لان
فيه حق العبد ودعوى المقذوف شرط للشهادة فيكون تاخير الشهادة بناء على انعدام
الدعوى فلا يفسق الشاهد بالتاخير ولا يلزم على هذا حد السرقة بان الشهادة فيه تبطل
بالتقادم مع ان الدعوى فيه شرط ايضا لانا نقول الدعوى شرط في حق المال لا في حق الحد
لان حد السرقة خالص حق الله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى فاذا لم يشترط الدعوى مع
هذا لم يشترط حال حدوث السرقة فشهد بعد التقادم ثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة
فلا يقبل في حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم لانه
من حقوق العباد ولا يلزم على هذا اذا كان تاخير الشهادة لعذر كالمرض او بعد المسافة
حيث لا يبطلها التقادم لان الشاهد لم يقدر على اداء الشهادة فلم يثبت التهمة هذا كله في
الشهادة اما الاقرار بالزنا والسرقة فالتقادم لا يبطله لانه لا يتهم في اقراره لانه اقر

على نفسه

على نفسه الا الاقرار بالشرب فانه يبطل بالتقادم عندهما خلافا لمحمد وحد انقطاع
الرائحة عندهما وقدره محمد بشهر كما قدر في ساير الحدود لانه لا دليل في الاجال ووجه
قولهما ان حد الشرب ما ثبت الا باجماع الصحابة ولا اجماع بدون راي ابن مسعود وما علم اقامة
حد الشرب منه بعد انقطاع الرائحة ولو جاءوا بالسكران من بعيد يذهب الرائحة في مثل ذلك
الوقت تقبل الشهادة بالاتفاق كذا في شرح الطحاوي وحد التقادم في الزنا والسرقة
وشرب الخمر على ما يرى القاضي في قول ابي حنيفة ولم يقدر في ذلك شيئا وذكر في الجامع الصغير
في التقادم الحين وذلك ستة اشهر قال فخر الاسلام لم يرد به الا نحو اللازم ونقل الناطفي في الاجناس
عن نوادر المعلى قال ابو يوسف جهدنا على ابي حنيفة ان يوقت في ذلك شيئا فابى وقد ذكر
في المجرد قال ابو حنيفة لو سال القاضي الشهود متى زنا بها فقالوا منذ اقل من شهر
اقيم الحد وان قالوا شهرا او اكثر درئ عنه الحد قال ابو العباس الناطفي فقد قدره على
هذه الرواية بشهر وهو قول ابي يوسف ومحمد والتقادم من القديم بمعنى العتيق وهو خلاف   القديم
الحديث وهو المراد هنا بمعنى قوله شهدت بحد متقادم اي بحد قديم سببه لا حديث والتقادم
يكون بمعنى الذي لم يزل وليس هو المراد **قوله** بين حسبتين قال في المغرب الحسبة احتسابك
الاجر عند الله تعالى **قوله** اداء الشهادة والستر كلاهما بالجر على انهما بدلان من
حسبتين **قوله** لضغينة هيجته والضغينة الضغن وهو الحقد هيجته اي بعثته يقال هيجت
الناقة وانبعثت **قوله** فيتهم فيها اي يتهم الشاهد في الشهادة **قوله** بالمانع اي
عن قبول الشهادة **قوله** بخلاف الاقرار اي لا يبطل بالتقادم لكن هذا في حد الزنا والسرقة
لا في حد الشرب لانه يبطل الاقرار فيه ايضا بالتقادم عند ابي حنيفة وابي يوسف
كما بينا وسيجيء ذلك في باب حد الشرب ان شاء الله تعالى **قوله** حتى يصح الرجوع عنها
بالرفع لان حق هنا للحال وهو ايضاح لكون حد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص
حق لان الرجوع يصح عن هذه الاشياء بعد الاقرار بها بخلاف حد القذف فان فيه حق
العبد بدليل انه لا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به **قوله** الدعوى فيه شرط اي في حق العبد
قوله فلا يوجب تفسيقه اي لا يوجب تاخير الشهادة تفسيق الشهود على

تمامه اشارة الى قوله خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع **قوله** لان الدعوى ليس
بشرط للحد لانه خالص حق الله معناه ان اشتراط الدعوى في حد السرقة ليس لاجل
ان الحد يقتضيه حتى كان لاجل الحد لم يشترط لان حد السرقة خالص حق الله تعالى وليس
الدعوى بشرط في خالص حق الله كما في حد الزنا بل الاشتراط لاجل المال فلما لم يكن الدعوى
شرطا للحد كان تاخير الشهادة مانعا لقبولها لانه وقع بلا عذر **قوله** وانما شرط
للمال اي شرط الدعوى للمال لا للحد وتذكير الفعل المسند الى ضمير الدعوى على تاويل الادعاء
قوله ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة في كل فرد بيان
هذا ان المعنى المبطل للشهادة في التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى هو الضغينة والعداوة
لكن هذا المعنى باطن فيدار الحكم على صورة التقادم في الحدود الخالصة سواء كان حد السرقة او
غيره فيكون صورة التقادم قايمة مقام التهمة سواء وجدت التهمة او لا كما اقيم السفر مقام
المشقة قال الفقيه ابو الليث اما في السرقة لا يقبل شهادتهم لتهمة في الدعوى لا في الشهود
لانهم لا يمكنهم ان يشهدوا ما لم يدع المدعي ولكن المدعي متهم في دعواه لانه لو اراد بدعواه اقامة حد
الله تعالى لبادر الى دعواه فلما لم يبادر علم انه اراد الستر عليه فلما ادعى بعدما تقادم علم ان دعواه
لعداوة ظهرت فيما بينهما فلما بطلت دعواه بقيت الشهادة بغير دعوى والشهادة على السرقة
لا يقبل بغير دعوى ولكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم لانه من حقوق
العباد **قوله** لم يقدر في الاصل التقادم لان نصب المقادير بالراي متعذر ولان الفعل لا امتداد له
في ذلك **قوله** قدره بشهر اي قدر محمد التقادم بشهر لانه ادنى الاجال شرعا بدليل ان من حلف
ليقضين حقه عاجلا يقع ذلك على ما دون الشهر والشهر في قوله وهو رواية عن ابي حنيفة
وابي يوسف وهو الاصح راجع الى تقدير التقادم بشهر **قوله** وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة
شهر اي هذا الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر بان يكون مضي الشهر مبطلا للشهادة فيما
اذا لم يكن بين القاضي وبين الشهود مسيرة شهر اما اذا كان مسافة ما بينهم شهرا لا يكون مضي
الشهر مبطلا للشهادة فيقبل شهادتهم لعدم التهمة **قوله** في حد الشرب كذلك عند محمد
اي قدر التقادم فيه ايضا بشهر **قوله** يأتي في بابه اي في باب حد الشرب **قوله** واذا
شهدا

شهدوا على رجل انه زنى بفلانة وفلانة غايبة فانه يحد وهذه من خواص الجامع الصغير وعلى
قول ابي حنيفة لا يحد وهو القياس كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وذلك
لانها اذا حضرت ربما جاءت بشبهة دارئة للحد والحدود تندرئ بالشبهات وعلى قوله
الاخير وهو قول ابي يوسف ومحمد يحد الرجل لان النبي عليه السلام لم يعتبر غيبة المراة شبهة
الا ترى ان ماعزا اقر بالزنا بامراة غايبة فامر رسول الله صلى الله عليه برجمه ولان غيبتها توهم
دعوى النكاح وما اشبه ذلك اذا حضرت وسقوط الحد بشبهة قايمة لا باحتمال الشبهة
فيؤخذ فلو اعتبر مثل ذلك لانسد باب الحد اصلا لانه يتوهم ان يرجع الشهود ايضا
عن شهادتهم والمقر عن اقراره ومع هذا لا يعتبر ذلك فالمراة اذا حضرت يتوهم الشبهة
وتوهم الشبهة ليس بشبهة قال عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات ولم يقل بتوهم
الشبهات بخلاف ما اذا كان الحد في القصاص غايبا حيث لا يستوفى القصاص لجواز ان
تحضر بعفو لانه اذا حضر فعفا يسقط القصاص لحقيقة العفو لا بشبهة العفو فاذا
غاب كان احتمال العفو شبهة فاعتبرت الشبهة وفيما نحن فيه اذا حضرت وادعت النكاح
كان شبهة فاذا غابت احتمل الشبهة وذلك شبهة الشبهة فلا يعتبر لانه وهم
بخلاف ما اذا شهدوا بالسرقة والمسروق منه غايب حيث لا يقطع لان الدعوى
شرط في السرقة دون الزنا لان القطع لا يجب الا باخذ المال واخذ المال لا يثبت الا
بحضور صاحبه فلما لم يوجد الدعوى لم يقبل الشهادة لان المال خالص حق العبد و
في قول ابن ابي ليلى يقطع لان حد السرقة حق الله تعالى نصا كحد الزنا كذا نقل الفقيه قوله
في الجامع الصغير **قوله** وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة اي بحضور المراة الغايبة
يتوهم دعوى الشبهة بان قالت تزوجني او كنت امته **قوله** وان شهدوا انه زنى
بامراة لا يعرفونها لم يحد وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وذلك لانهم اذا لم
يعرفوها اجنبية فقد دخل ادنى في الحد لعل وعسى فلا يجب الحد فلا يوجب الحد
لقول علي وابن عباس اذا كان في الحد لعل وعسى فالحد معطل كيف والظاهر انها امراته
او امته لانه لا يليق بحال المسلم لان الاسلام يمنعه عن الزنا قال الحاكم الشهيد في

المكان انه قال المشهود عليه ان التي زنيت بها معي ليست بامراة ولا خادم لم تحد ايضا وذلك
لانها يتصور ان يكون امة ابنه او منكوحة نكاحا فاسدا **قوله** وان اقر بذلك حد
اي اقر بالزنا بامراة لا تعرفها حد وهذه من المعادة ايضا وذلك لانه لا يشتبه عليه
امراته او امته عن غيرهما وليس بمتهم في اقراره على نفسه فيحد **قوله** وان شهد اثنان
انه زنى بفلانة فاستكرهها واخران انها طاوعته درا الحد عنهما جميعا عند ابي حنيفة
وهو قول زفر وقالا لا يحد الرجل خاصة وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وصورتها
في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة شهدوا على رجل بالزنا فشهد اثنان انه
استكرهها وشهد اثنان انها طاوعته قال ادرا الحد عنهم جميعا وقال ابو يوسف ومحمد يحد الرجل
ولا تحد المراة وجه قولهما ان الشهود اتفقوا على زنا موجب للحد في حق الرجل وهو الزنا
عن طوع واختلفوا في حق المراة فيقبل شهادتهم في حق الرجل لاتفاقهم فيحد ولا يقبل في حق
المراة لاختلافهم ولا تحد وجه قول ابي حنيفة انهم شهدوا بفعلين مختلفين لان الزنا
عن طوع غير الزنا عن اكراه فلم يثبت لا هذا ولا ذاك لعدم الحجة الكاملة فلا يقبل كما اذا اختلفوا في المكان
كالبصرة والكوفة وتلخيصه ان شاهدا الاكراه اثبتا كل الفعل للرجل وشاهدي الطواعية اثبتا
شطر الفعل له فاذن احد الفريقين شهد بالزنا يوجب حدا واحدا على الرجل خاصة والفريق
الاخر شهد بزنا يوجب حدين على الرجل وحدا على المراة فلم يتم لاحد الوصفين حجة كاملة فلا يقبل
لان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لعدم نصاب الشهادة فصارا خصمين بالقذف فلا
يقبل شهادة الخصم الا ان حد القذف سقط عنهما بسقوط احصانها المقذوفة بشهادة اللذين
شهدا باستكراهها وهذا لان المكرهة على الزنا يسقط احصانها لخلو الوطء عن الملك وعن
شبهته **قوله** درا الحد عنهما اي دفع عن الرجل والمراة **والدرا الدفع** قال تعالى فادرؤا
عن انفسكم الموت اي فادفعوا وقال تعالى واذ قتلتم نفسا فادارأتم فيها اي تدافعتم **قوله**
وقالا لا يحد الرجل خاصة اي قال ابو يوسف ومحمد يحد الرجل لا المراة **قوله** لاتفاقهما
على الموجب بكسر الجيم اي لاتفاق الفريقين اعني شاهدي الطواعية وشاهدي الاكراه على موجب
الحد في جانب الرجل وموجب الحد هو الزنا عن طوع **قوله** وتفرد احدهما بزيادة الا ان عطفا

على قوله

على قوله لاتفاقهما اي وانفراد احد الفريقين باداء احد الفريقين اي باداء الفريقين شاهدي
الاكراه بزيادة الجناية وهو الاكراه الضمير راجع الى الزيادة والتذكير للنظر الى الخبر
قوله بخلاف جانبها اي جانب المراة **قوله** ولم يثبت شرط تحقق الموجب في حقها
وهو طوعها لاختلافهما اي لاختلاف الفريقين **قوله** بها اي بالرجل والمراة عنهما
اي شاهدي الطواعية **قوله** فصارا خصمين بذلك اي صار شاهدا الطواعية
بسبب قذفها خصمين في شهادتهما **قوله** وان شهد اثنان انه زنى بالكوفة واخران
انه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة شهدوا على رجل بالزنا فشهدا
اثنان انه زنى بها بالبصرة وشهد اثنان انه زنى بها بالكوفة قال يدرا عنهما الحد
وان كان ذلك في بيت واحد اقيم الحد على الرجل والمراة قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا
شهد اربعة على رجل بالزنا فاختلفوا في المراة المزني بها او في المكان او في الوقت بطلت
شهادتهم الا ان يكون اختلافهم في مكانين متقاربين من بيت واحد او من غير بيت
فيقام الحد استحسانا والقياس ان لا يقبل شهادتهم في الفصل الاول لانهم شهدوا على زنائين
مختلفين لان فعل الزنا في هذا المكان غيره في المكان الاخر ولم يتم حجة كاملة على كل واحد
منهما الا اذا كان البيت صغيرا فاختلفوا وقال اثنان انه زنى في هذه الزاوية من البيت
وقال اخران انه زنى في الزاوية الاخرى منه حيث يقبل لامكان التوفيق لانه قد يكون ابتداء
الفعل في احدى الزاويتين ثم بالاضطراب ينتقلان الى الزاوية الاخرى بخلاف
ما اذا كان البيت كبيرا لا يحتمل التوفيق حينئذ لا يقبل شهادة الشهود ولا حد عليهم للقذف
عندنا خلافا لزفر وهو القياس وذلك لانه انما درئ الحد عن المشهود عليه لنقصان عدد
الشهادة لانه لم يتم على واحد من الفعلين حجة كاملة فصار كالثلاثة شهدوا على زنا
فهم قذفة فكذلك هؤلاء **ولنا** ان الشبهة دارئة للحد بالحديث وقد وجدت الشبهة
هنا فيسقط حد القذف عنهم بيانه انهم شهدوا ولهم اهلية كاملة وعددهم كامل على زناء
واحد في زعمهم وانما جاء الاختلاف بذكر المكان فثبتت شبهة الاتحاد في الشهادة فدرئ حد

القذف والحاصل انها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى الاول لم تحد الشهود و
بالنظر الى الثاني لم تحد المشهود عليه قال في المختلف وعلى هذا الخلاف اذا شهد الفساق
بذلك **قوله** نظرا الى اتحاد الصورة والمراة اي اتحاد صورة نسبة الزنا واتحاد المراة
قوله في زاوية يعني شهد اثنان انه زنى في زاوية وشهد اخران انه زنى في زاوية اخرى **قوله**
وهذا استحسان اي حد الرجل والمراة فيما اذا اختلف الشهود في البيت الصغير استحسانا
والقياس ان لا تحد كما في البيت الكبير لثبوت الاختلاف في المكان حقيقة وهو قول الشافعي **قوله**
فيحسب من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر اي نظن المواقع من كان في مقدم البيت
ان المواقع في مقدم البيت ونظن من كان في موخر البيت ان المواقع في موخر البيت لان المواقع في
وسط البيت فيشهد كل بحسب ما وقع عنده قال في الشامل في قسم المبسوط وان اختلفوا في
الثوب الذي كان عليه حال زناه يقبل شهادتهم لانه يتصور انه اخذ في العمل وهو لابس
ثوبا ثم لبس اخرى وهو على حاله **قوله** وان شهد اربعة انه زنى بالنخيلة عند طلوع
الشمس واربعة انه زنى بها بدير هند درئ الحد عنهم جميعا اي عن الشهود وعن الرجل والمراة
المشهود عليها وهذه من مسائل الجامع الصغير ومعنى قوله انه زنى بها بدير هند اي عند طلوع
الشمس ايضا وبه صرح في الجامع الصغير وانما درئ الحد عن الرجل والمراة لان احد الفريقين
كاذب لا محالة لانه لا يتصور الزنا في ساعة واحدة من شخص واحد في مكانين متباعدين لكنه
لم يتميز الكاذب عن الصادق من جواز ان يكون الكاذب اما هذا الفريق واما ذاك الفريق فلهذا درئ
الحد عنهما وانما درئ الحد عن الشهود لاحتمال كل واحد من الفريقين ان يكونوا هم الصادقين
قال الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير ولو كان بين المكانين مسافة قريبة جازت
شهادتهم لانه يصلح ان الامرين قد كانا قوله بالنخيلة بالنون والخا المعجمة على وزن تصغير نخلة اسم
موضع قريب من الكوفة ودير هند ايضا قريب من الكوفة فعن هذا قالوا الباء والجيم تصحيف لان
بجيلة على وزن فعيلة بفتح الفا وكسر العين اسم حي من اليمن سموا ببجيلة وهي امراة من
ولد عمرو بن الغوث اخي الازد بن الغوث ودير هند لا يساعد عليه قال المبرد في كتابه المسمى بالكامل
وقد كان المغيرة بن شعبة وهو والي الكوفة **صار الى** دير هند بنت النعمن ابن المنذر وهي فيه عميا
مترهبة

مترهبة واستاذن عليها فقال اسر هذه المدينة بالباب فقالت قولوا له امن اولاد
جبلة بن الايهم انت قال لا قالت افمن اولاد المنذر ابن ماء السما انت قال لا قالت فمن انت قال
المغيرة ابن شعبة الثقفي قالت فما حاجتك قال جئتك خاطبا قالت لو كنت جئتني لجمال
او كمال لاطلبتك ولكنك اردت ان تتشرف بي في محافل العرب فتقول نكحت ابنة النعمان ابن المنذر
والا فاي خير في اجتماع اعور وعميا فاختصر لك الجواب امسينا مسا وليس في الارض
عربي الا وهو يرغب الينا ويرهبنا واصبحنا وليس في الارض عربي الا ونحن نرغب اليه
ونرهبه **قوله** وان شهد اربعة على امراة بالزنا وهي بكر درئ الحد عنها وعنهم وهذه
من مسائل الجامع الصغير اراد به ان النساء نظرن اليها والاصل ان شهادة النساء فيما
لا يستطيع الرجال النظر اليه جايزة والبكارة من هذا القبيل فيقبل شهادتهن لما ثبت البكارة
بقولهن لا يتحقق الزنا لانه لا وجود له مع البكارة فاذا لم يتحقق الزنا يدرا الحد عن الرجل والمراة المشهودة
عليها ولا يحد الشهود حد القذف لان شهادتهن لا يعتبر في ايجاب الحد لانها ليست بحجة مطلقة
ولهذا لا يعتبر شهادتهن وحدهن فيما يطلع عليه الرجال وان لم يكن حدا فلان لا يعتبر في ايجاب
وهو يسقط بالشبهة اولى واحرى وكذا اذا خرجت المراة رتقا ويقبل في الرتقا والعذرا
والاشيا التي يعلم فيها بقول النسا قول امراة واحدة كذا قال الحاكم في الكافي **قوله**
في ايجابه اي في ايجاب الحد **قوله** فلهذا سقط الحد عنها ولا يجب عليهم اي فلاجل هذا
المعنى وهو ان شهادتهن حجة في اسقاط الحد وليس بحجة في ايجابه سقط الحد عن الرجل و
المراة المشهود عليها ولا يجب الحد على الشهود **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا
وهم عميان او محدودون في قذف او احدهم عبد او محدود في قذف فانهم يحدون ولا يحد
المشهود عليه بالزنا اي ان الشهود يحدون ولا يحد المشهود عليه بالزنا وهذه من مسائل الجامع
الصغير وصورتها في محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة عميان شهدوا على رجل بالزنا
قال يضربون الحد وكذلك ان كانوا محدودين في قذف والاصل هنا ان الناس في حق الشهادة
انواع نوع منهم اهل لتحمل الشهادة والادا وذلك كالحر العاقل البالغ المسلم ونوع منهم اهل
لتحمل الشهادة دون الادا كالمحدود في القذف والعميان ولهذا ينعقد النكاح بشهادتهم ولا يصح

اداؤها منهم لان الاعمى لا يميز الا بالصوت والنغمة وفي ذلك اشتباه وردّ الشهادة الحدود
من تمام حد قال الله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدًا ونوع منهم ليس باهل للتحمل والاداء جميعا كالعبيد
والصبيان والمجانين والكفار ولهذا لا ينعقد النكاح بشهادتهم ونوع منهم اهل للتحمل والاداء
لكن في ادائهم خلل وقصور لتهمة الكذب كالفسقة فاذا عرفت هذا فنقول الحاكم يصح اداء الشهادة
من العميان والمحدودين في القذف والعبيد صار ذا تردد في نسبة الزنا الى المشهود عليه فحدوا ان
من لا اداء له لكن لا شهادة له اصلا بخلاف شهادة الفسقة حيث لا تحدون ولا تحد المشهود
عليه ايضا لان لهم اداء وقيام الاداء صار شبهة تسقط الحد عنهم ولم تجب الحد على المشهود
عليه لقيام التهمة والعبادة والتحجج الاعمى **قوله** لان الزنا يثبت بالاداء اى يثبت
عند القاضي باداء الشهادة عند عدم الاقرار يعني يظهر وانما قيدنا بالظهور عنده لان
وجود الزنا لا يتوقف على الشهادة او الاقرار وانما يتوقف ظهوره **قوله** وان شهدوا
وهم فساق او ظهر انهم فساق لم تحدوا وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة فساق شهدوا على رجل بالزنا فردت شهادتهم
قال لا حد عليهم وذلك لان الفاسق اهل التحمل الشهادة والاداء لكن في قصور لتهمة
الكذب فيرد شهادته لاجلها فلما كان له اداء ثبتت شبهة الزنا فلم تحدوا وباعتبار
قصور الاداء للتهمة ثبتت شبهة عدم الزنا فلم تحد المشهود عليه ايضا والدليل على ان
للفاسق اداء قوله ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا اى تبينوا فلو لم يكن للفاسق شهادة لقال
فلا تقبلوا ولم تقل ذلك بل قال فتبينوا وفائدة التثبت القبول عند ظهور الصدق من جانبه
عند القاضي بالتامل في احواله ان مثل هذا الفاسق هل يكذب في العادة ام لا قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولو قضى القاضي بشهادة الفساق جاز يعني عندنا **قوله**
امتنع الحد اى حد الزنا على المشهود عليه وحد القذف على الشهود **قوله** وسال في خلاف
الشافعي اى يحد الشهود الفساق عنده لان الفاسق ليس باهل للشهادة عنده كالعبد
قوله وان نقص عدد الشهود عن اربعة حدوا وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا احد
قولي الشافعي وقال في قول اخر لا حد عليهم وجه قول اصحابنا ما روى عن عبد الرزاق
عن الثوري

عن الثوري عن سليمان التيمي عن ابي عثمان النهدي قال شهد ابو بكرة ونافع يعني ابن
علقمة وشبل بن معبد على المغيرة انهم نظروا اليه كما ينظرون الى المرود في
المكحلة فجاء زياد فقال عمر رضي الله عنه جاء رجل لا يشهد الا بالحق فقال رايت مجلسا
قبيحا وابتهارا فجلدهم عمر رضي الله عنه الحد قال ابو نعيم هؤلاء الذين شهدوا اخوة
لام اسمها سمية كان يسمى زياد بن ابيه واصحابنا ذكروا في كتب الفقه ان زيادا قال
رايت قدمين بادية ونفسا عاليا وامرا منكرا ولا اعلم ما وراء ذلك فقال رضي الله عنه
الحمد لله الذي لم يفضح رجلا من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وحد الثلاثة وكان
ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير ولان الله تعالى جعل نصاب الشهادة في الزنا اربعة
فاذا انتقص العدد عنها صار ذا قذف فيحدون حد القذف لقوله تعالى والذين
يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولان الشاهد
مخير بين حسبتين على ما مر في اول هذا الباب وهنا لم يوجد حسبة الستر وذلك
ظاهر ولم يوجد حسبة اداء الشهادة ايضا فتعين القذف فلزم الحد بيانه ان كلام
الشهود عند عدم الستر انما يكون قذفا او اداء واحسبة اداء الشهادة واداء الشهادة
انما يتحقق اذا كان العدد كاملا فعند نقصانه يكون اداؤهما كلا اداء لكونها مردودة
شرعا فتصير دون قذفه فيحدون وهذا معنى قوله وخروج الشهادة عن القذف لاعتبارها
اى لاعتبار الحسبة **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضربت شهادتهم ثم وجد
احدهم عبدا او محدودا في قذف فانهم يحدون وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة الا انه
قال الا ان يعلم ان المشهود عليه بالزنا اذا كان غير محصن يجلد فخرجته السياط ثم وجد احد الشهود
عبدا او محدودا في قذف او اعمى فانهم يحدون لان شهود الزنا متى كانوا اقل من اربعة تجب عليهم
حد القذف لقصور عدد الشهود وتجب الحد على العبد والمحدود والاعمى ايضا لانه قاذف
ولا يجوز الضمان عند ابي حنيفة على احد لا على الشهود ولا على بيت المال وعند ابي يوسف
ومحمد تجب ارش جراحة الضرب على بيت المال وكذا اذا مات المجلود من الضرب
تجب دية النفس في بيت المال عندهما اذا ظهر بعض الشهود عبدا او محدودا في

في قذف او غيره وعند ابي حنيفة لا يجب شيء اما اذا كان المشهود عليه محصنا فرجم ثم
ظهر احد الشهود عبدا او محدودا في قذف او اعمى فالدية على بيت المال بالاتفاق لكن لا حد
على الشهود لان كلامهم انعقد قذفا من الاصل بموت المقذوف وسقط حد القذف لانه لا يورث
عندنا بخلاف رجوع احد الشهود فانه يصير قذفا عند الرجوع بعد الموت وعلى هذا الخلاف
اذا رجع الشهود بعد الجرح بالجلد او الموت بالجلد لا يضمنون عند ابي حنيفة اصلا لا
ضمان الارش ولا ضمان النفس وعندهما يضمنون ارش الجراحة ان لم تمت المجلود و
الدية ان مات وجه قولهما ان الواجب بشهادة الشهود مطلق الحد ومطلقه
يشمل الجارح وغيره فيكون الجرح او الموت مضافا الى شهادة الشهود فاذا رجعوا
يضمنون فاذا لم يرجعوا فالضمان على بيت المال لان الجرح او الهلاك مضاف الى القاضي
لانه اخطأ في قضائه لا الى الشهود لانهم ما رجعوا والقاضي اذا اخطأ في قضائه يجب الضمان
على من وقع منفعة القضاء لاجله وقد وقعت المنفعة للعامة لان منفعة الحد هي اخلاء
العالم عن الفساد يقع للعامة فيجب الضمان في مال العامة وما لهم بيت مال المسلمين
كما اذا ظهر احد الشهود عبدا او محدودا في قذف بعد الرجم والقصاص ووجه
قول ابي حنيفة ان الجرح او الهلاك بالجلد ليس بمضاف الى الشهود لانهم شهدوا بالجلد
مولم غير جارح ولا مهلك وليس بمضاف الى القاضي ايضا لانه ما امر الا بما شهد به الشهود وانما
ايضا والدليل على ذلك ان الحد لا يقام في الحر الشديد او البرد الشديد ولا على المريض
ايضا حتى يبرأ كيلا يقع متلفا ولا بمبسوط لو ثمرة كيلا يقع جارحا وكذا يفرق على
اعضاء المجلود سوى الراس والوجه والمذاكير لهذا المعنى وانما الجرح والهلاك
حصل لعنف الجلاد لان العنف حصل منه لا من القاضي ولا من الشهود الا انه لم
يضف اليه لانه مامور باصل الضرب فيسقط منه ما ليس في وسعه وهو طلب السلامة
لا يكلف الله نفسا الا وسعها ولان الجلاد لو اخذ بالضمان لتقاعد الناس عن اقامة
الحدود تعطل الحد خوفا عن الغرامة حيث لا يتحمل القاضي بنفسه **قوله** وان رجم فديته
على بيت المال يعني ان رجم المشهود عليه بالزنا بان كان محصنا لم يظهر احد الشهود عبدا

او محدودا

او محدودا في قذف فالدية على بيت المال هذا بالاتفاق لان القاضي اخطأ في قضائه
للعامة فوجب الضمان في مالهم **قوله** وقالا الارش الضرب ايضا يعني اذا جرحه
الضرب لانه اذا لم يجرح فلا شيء على احد لما ذكره العتابي **قوله** فينتظم الجارح
وغيره اي يشمل الضرب الجارح وغير الجارح **قوله** فيضاف اي يضاف الجرح والهلاك الى الشهادة ثم
قوله وهو عامل للمسلمين اي القاضي عامل لهم فصار كالرجم والقصاص اي صار
الجرح او الهلاك بالجلد على تقدير عدم رجوع الشهود بان ظهر بعضهم عبدا او محدودا كالرجم
والقصاص يعني ان في الرجم والقصاص تجب الغرامة في بيت المال فكذا في الجرح
او الموت بالجلد **قوله** وهو فعله هذا ابتداء المعنى في الضارب فله هذا الاسم **قوله**
فاقتصر عليه اي اقتصر الجرح او الاهلاك على الضارب من غير ان يضاف الى الشهود
او الى القاضي **قوله** الا انه لا يجب الضمان عليه في الصحيح استحسانا من قوله فاقتصر عليه
هذا جواب سؤال بان يقال لما اقتصر عليه كان ينبغي ان يجب الضمان عليه وهو القياس
فاجاب عنه وقال لكن لا يجب عليه الضمان في الوجه الصحيح وهو الاستحسان كيلا يمتنع الناس
اربعة ع عن اقامة الحد خوفا من الغرامة **قوله** وان شهد اربعة على شهادة على رجل بالزنا لم
يحد وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة التي فيها فائدة وصورتها في محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في اربعة شهدوا على شهادة اربعة بالزنا على هذا الرجل بهذه المراة قال
لا تجوز شهادتهم وان جاءت الاربعة فشهدوا على المعاينة بالزنا في ذلك المكان قال
لا تجوز شهادتهم وذكر هنا شهادة الاصول بعد شهادة الفروع كما ترى ولم يذكرها
في الاصل بعد ذلك وهي فائدة الجامع الصغير اما شهادة الفروع فانما لم يقبل لتمكن
الشبهة فيها لاحتمال الزيادة والنقصان بتداول الالسنة ولان شهادتهم اضعف
من شهادة النساء لانهن يشهدن عن عيان وهؤلاء يشهدون عن خبر لا عن عيان وليس
الخبر كالمعاينة فاذا ردت شهادتهن في الحدود ترد شهادتهم اولى لان شهادة الفروع
بدل عن شهادة الاصول ونصب البدل انما يكون فيما الحاجة ولا حاجة اليها هنا لان
الحدود تحتال لدرئها لا لاثباتها لكن لا حد على الفروع لانهم حكوا قذف غيرهم والحاكي للقذف

لا يحد ولان تكامل عددهم صار شبهة واما شهادة الاصول بعد شهادتهم فانما لا
يقبل ايضا لان الفروع نقلوا شهادة الاصول فقد ردت شهادة الفروع فصار ردة
شهادتهم كرد شهادة الاصول من وجه فصار شبهة في درء الحد عن المشهود عليه
ولا يحد الاصول ايضا لتكامل عددهم ووجود اهليتهم قوله في ذلك المكان يريد به ذلك
الزنا بعينه اعلم ان الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال وكتاب القاضي
الى القاضي لا يقبل في الحدود والقصاص وبه صرح في شرح الطحاوي وغيره وفي الاجناس
عن نوادر ابن رستم وقال في التفريد الشهادة على الشهادة والشهادة من النساء مع الرجال
تجوز في العفو ويصح في الكفالة وبوجه الادى **قوله** فان جاء الاولون اي بعدما شهد
الفروع **قوله** لم يحد ايضا اي المشهود عليه **قوله** معناه اي يعني قول محمد في ذلك
المكان **قوله** لان شهادتهم اي شهادة الاصول **قوله** اخذهم قائمون مقامهم اي الفروع
قائمون مقام الاصول وهذا تعليل لرد شهادة الاصول بسبب رد شهادة الفروع **قوله**
ولا يحد الشهود اي الاصول والفروع لا يحد زنا لان عددهم متكامل والاهلية ايضا موجودة
وامتناع الحد على المشهود عليه لنوع شبهة وهي شبهة البدلية واحتمال الزيادة
والنقصان في الفروع وشبهة الرد في الاصول **قوله** وهي كافية لدرء الحد لا لايجاب
اي الشبهة كافية للاسقاط لا لايجاب الحد يعني ان الشبهة ليست بموجبة للحد لكنها
مسقطة له **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فرجم فكلما رجع واحد حد الراجع
وحده وغرم ربع الدية وهذه من مسائل المعادة في الجامع الصغير اعلم ان رجوع الشهود
لا يخلو اما ان يكون بعد القضاء والامضاء او بعد القضاء قبل الامضاء او قبل القضاء
والامضاء فهذه فصول ثلاثة اما في الفصل الاول فيغرم الراجع ربع الدية باتفاق اصحابنا
ويحد الراجع وحده عند علمائنا الثلاثة وقال زفر لا حد عليه وقال ابن ابي ليلى وهو قول
الحسن البصري تجب على الراجع القتل وان رجعوا جميعا يقتلون كذا ذكر الفقيه
ابو الليث قولهما اعني قول ابن ابي ليلى والحسن واخذ الشافعي لانهم قتلوه معنى حيث
الجاوا القاضي الى القضاء **ولنا** ان القتل الماضي بقضاء القاضي صار شبهة فسقط القتل

عنهم

عنهم فوجب الغرامة على الراجع وحده وهو ربع الدية وهذا لان المعتبر في الشهادة
بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته ثلاثة ارباع الحق فيكون
الراجع متلفا ربع الحق فيغرم ذلك لا ان الراجع فقد اقر على نفسه بانه اتلف نفسا
معصومة هو وثلاثة انفس اخرى معه فاقراره حجة على نفسه دون غيره فكذا ضمن
الربع لا غير واما الحد فلما لم يلزمه عند زفر لانه لا يخلو من احد الامرين اما ان كان
قاذف حي او قاذف ميت فان كان قاذف حي فقد بطل ذلك بموت المقذوف لان حد القذف
لا يورث عندنا وان كان قاذف ميت فلا يلزمه ايضا لانه مرجوم بحكم القاضي ولهذا لو قذفه
غيره لا يحد لان قضاء القاضي بالرجم صار شبهة ولانه لما رجع نفى عن المرجوم الزنا
ونسبه الى العفة والاحصان فكيف يكون قاذفا فانى ان يكون كلامه السابق قذفا وقد
بطل ذلك بالموت لعدم صحة الارث ولنا انه لما رجع انقلب كلامه السابق قذفا
للحال لان كلامه في حال الحياة انعقد شهادة لا قذفا فبالرجوع انفسخت الشهادة
فصار قذفا عند الرجوع وقاذف الميت يحد كالملاعن اذا اكذب نفسه بعد تفريق
القاضي يحد ويكون كلامه السابق قذفا وان كان نفي الزنا بالاكذاب فان قلت اذا كان
كلامه قذفا للحال ينبغي ان لا يحد الراجع كغيره لانه قد تمكن قضاء القاضي بزناه وحكم
برجمه قلت الراجع اعترف بانه كذب في شهادته وقذف محصنا فاخذ بزعمه
ولا كذلك اذا قذفه غير الراجع لانه يعتقد انه قذف غير محصن حين حكم القاضي برجمه
ولان قول الشاهد صار حجة في درء الحد عن غيره ولا يجوز ان يكون قوله حجة في درء
الحد عن نفسه واما في الفصل الثاني فهو ما اذا رجع بعد القضاء قبل الامضاء فحد
الشهود كلهم في قول ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف اخرا وعلى قول محمد وهو قول ابي يوسف
اولا يحد الراجع وحده استحسانا ذكره الحاكم الشهيد الاستحسان في الكافي وقول زفر
مثل قول محمد كذا في المختلف وقال الشافعي في احد قوليه لا يحد الراجع كذا في شرح الاقطع
وجه قول محمد ان القاضي قضى بشهادتهم وتاكد ذلك بالقضاء ثم رجوعه بعد ذلك
يصح في حق نفسه لا في حق غيره كما اذا رجع بعد الامضاء تحققه ان القضاء تغير

نفس المشهود عليه قصاص خلاف لو قتل انسانا لا شي عليه كذا ذكره الفقيه ابو الليث
قصاصا بحكم القضا حكم الامضا فاذا رجع بعد الامضا تحد وحده فكذا هنا ووجه
قولهما ان الامضا للحد بمنزلة القضا بدليل ان الامضا لا تجوز الا بحضر من القاضي ولهذا
تجعل الاشيا الحادثة في الشهود كالارتداد والفسق والجنون والعمى والموت والغيبة
بعد القضا قبل الامضا كالحادثة قبل القضا فاذا كان الرجوع قبل الامضا كالرجوع
قبل القضا فيحدون جميعا واما في الفصل الثالث وهو ما اذا رجع قبل القضا والامضا
فعندنا يحدون جميعا وعند زفر يحد الراجع وحده لان رجوعه حجة على نفسه لا على
غيره **ولنا** انه احد منهم لما رجع بقي الثلاثة والثلاثة لا يصلح ان يكون شهودا
لقصور العدد فصار قذفه بخلاف رجوع الواحد بعد القضا والامضا لان هناك
حصل القضا بكلامهم شهادة فعند ذلك رجوع الواحد يصح في حق نفسه لا في حق
اصحابه وهنا لم يعتبر كلامهم شهادة حيث لم يتصل القاضي به فبقي قذفا فيحدون
جميعا ولان واحدا منهم لو امتنع من الشهادة ابتدا فشهدت الثلاث يحدون لقصور
عددهم فكذا هنا **قوله** بنا على اصله اي اصل الشافعي في شهود القصاص يعني اذا
رجعوا بعد القصاص يقتلون عنده فكذا هنا اذا رجعوا بعد الرجم يقتلون ايضا **قوله**
وسلم في الزيادات جوابه ليس لها ذكر في الزيادات ولكن ذكر ذلك الحجاج وقد بيناه انفا
قوله واما الحد فمذهب الثلاثة اي علمائنا الثلاثة وهم ابو حنيفة وابو يوسف
ومحمد وهو عطف على قوله اما الغرامة لا ذكر قبل ذلك الحد الراجع وحده وغرم ربع
الدية ثم فصل ذلك بقوله اما الغرامة واما الحد **قوله** فيورث ذلك شبهة
اشارة الى كونه مرجوما بحكم القاضي **قوله** لانه ينفسخ شهادته اي بالرجوع
يفسخ شهادة الرجوع فجعل كلامه قذفا للحال بخلاف ما اذا ظهر احد الشهود
عبدا بعد الرجم حيث لا حد عليهم اصلا لان كلامهم انعقد قذفا من الاصل فبالموت
بطل ذلك وقد مر بيانه عند قوله وان شهد اربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم
وجد احدهم عبدا **قوله** وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما بني عليه وهو القضا في حقه

والضمير

والضمير في عليه راجع الى الحجة على تاويل الكلام وقوله وهو راجع الى ما وهو عبارة
عن القضا والضمير في حقه راجع الى الراجع يعني ان القضا انفسخ في حق الراجع
لان القضا مبني على الشهادة وقد انفسخت شهادة الراجع بالرجوع فلا يورث
كونه مرجوما بالقضا القاضي شبهة في سقوط حد القذف عن الراجع لان القضا
انفسخ في حقه بخلاف قذف غير الراجع فان القضا لم ينفسخ في حقه فصار قيام
القضا شبهة في حقه فلم تحد لمظهر الفرق وقد مر بيانه **قوله** فلا ينفسخ الا
في حق الراجع اي لا ينفسخ الشهادة فيما اذا رجع بعد القضا قبل الامضا كما
اذا رجع بعد الامضا وجوابه ان القياس ليس بصحيح لان الامضا من القضا
وقد مر بيانه **قوله** ولهذا يسقط الحد عن المشهود عليه اي لاجل ان الامضا
من القضا في باب الحدود يسقط الحد عن المشهود عليه اذا رجع واحد بعد القضا
قبل الامضا كما يسقط اذا رجع قبل القضا **قوله** لا يصدق على غيره اي لا يصدق
الراجع على غير الراجع **قوله** وان كانوا خمسة فرجع احدهم لا شي عليهم اي
لا شي على الشهود لا على الراجع ولا على اصحابه لا الحد ولا الغرامة لبقا من بقي
بقاية كل الحق فان رجع اخر حدا وغرما ربع الدية بقي ثلاثة ارباع
الحق ببقا الثلاثة على الشهادة لان كمال العدد ليس بشرط للبقا بل بقي بكل رجل
يسقط قصاصا عليهما الربع وعلى كل واحد من الراجعين حد كامل لان الحد لا يتجزى
وهي من المسايل المعادة التي فيها فايدة لانه ذكر في الاصل رجوع واحد من الخمسة
ولم يذكر رجوع اخر معه وفي الجامع الصغير ذكر ذلك **قوله** اما الحد فلما ذكرنا
اشارة الى قوله ولما ان الشهادة انما ينقلب قذفا بالرجوع فان قلت حيث
رجع الواحد من الخمسة لا شي عليه اصلا فتعد ذلك كيف تجب عليه الحد والغرامة
برجوع الاخر قلت انما لم يجب عليه شي وقت رجوعه لمانع وجود السبب
والمانع بقا الحجة الكاملة فلما رجع اخر زال المانع فعمل السبب عمله **قوله** على ما عرف
اي في كتاب الشهادات **قوله** وان شهد اربعة على رجل بالزنا فزكوا برجم فاذا =

الشهود مجوس او عبيد فالدية على المزكين عند ابي حنيفة وهذه من مسائل الجامع
الصغير المعاده وصورتها في محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اربعة شهدوا على رجل
بالزنا فزكاهم نفر زعموا انهم احرار مسلمون فاذا هم مجوس او عبيد وقد رجمه الامام
حين زكوهم بذلك قال عليهم الدية وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء على المزكين في ذلك
والدية على بيت المال قال صاحب الهداية معناه اذا رجعوا عن التزكية اي معنى قوله
فالدية على المزكين ويدل على صحة تاويله ما نص الحاكم الجليل في الكافي وقال اذا شهد
الشهود على رجل بالزنا والاحصان فزكاهم نفر زعموا انهم احرار ورجم ثم وجد
احدهم عبدا قال لا حد على الشهود ولا ضمان **قلت** فهل على المزكين شيء قال
لا ثم المزكون على شهادتهم انهم احرار لم يقض على المزكين شيء ولا على الشهود فان
رجع المزكون عن شهادتهم ضمنوا وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف
ومحمد لا ضمان على المزكين قلت فان لم يقولوا انهم احرار وقالوا انهم عدول ثم وجدوا
عبيدا قال لا ضمان على المزكين الا هنا لفظ الحاكم **وجه** قولهما ان المزكين لم يعملوا شيئا
سوى انهم اثنوا على الشهود خيرا واثبتوا بذلك شرط الحجة وهي العدالة فصاروا كشهود
الاحصان فلا يضمنون شيئا فاذا لم يضمنوا وجب الضمان على بيت المال لان القاضي اذا اخطا
في قضائه في حد يجب الضمان في بيت المال لان قضاءه وقع للعامة فيجب الضمان ايضا في مالهم
وهو بيت مال المسلمين واذا اخطا في قصاص او مال يجب الضمان على المقضي له ووجه قول
ابي حنيفة ان المزكين هم الذين اتلفوا المشهود عليه بالزنا لان القاضي لا يقضي ما لم يكن
التزكية فكان التزكية معملة للعلة والمعمل للعلة علة العلة والحكم يضاف الى علة
العلة كما يضاف الى العلة فصار المزكون كالشهود اذا رجعوا فيضمنون بخلاف شهود
الاحصان فان الاحصان ليس بمعنى علة العلة بل هو علامة معرفة لحكم الزنا الصادر
بعد وجود الاحصان ولا حاجة لثبوت الزنا الى شهود الاحصان لان الزنا يثبت
بشهود الزنا قبل شهود الاحصان ولكن لا يثبت الزنا بشهود الزنا ما لم يزكوا فظهر الفرق
بين التزكية وشهادة الاحصان ثم لا ضمان على شهود الزنا في مسئلتنا لانهم

انما يقع

انما يقع شهادة التزكية فلما رجع المزكون علم انه لم يقع شهادة بخلاف ما اذا رجع
شهود الزنا ولم ترجع المزكون حيث يضمن شهود الزنا لان كلامهم وقع شهادة ولا حد
على شهود الزنا ايضا في مسئلتنا لانهم قذفوا حيا فسقط الحد بموت المقذوف لانه لا يورث
عندنا فان **قلت** الحكم بوجوب الدية على المزكين مطلق عن قيد الرجوع في مسئلة
الجامع الصغير وصاحب الهداية اولها به وانت قد استدللت على صحة ذلك بنص الحاكم
الشهيد فاذا كان كذلك كيف قال في المنظومة **على** المزكين ضمان من رجم ان ظهر الشاهد
عبدا وعلم واوجبا ضمان هذا المتلف في بيت مال المسلمين فاعرف وفي المزكين اذا هم رجعوا
كذا وقالا عزروا اذا رجعوا حيث اطلق البيت الاول عن الرجوع وقيد البيت الثالث بالرجوع
فلو كان معنى المسئلة فيما اذا رجع المزكون لزم التكرار وكذا ذكر صاحب المختلف ايضا
حيث قال وعلى هذا الخلاف اذا رجع المزكون بذلك دليل على ان الرجوع ليس بشرط
لضمان المزكين فيما اذا ظهر الشهود مجوسا او عبيدا **قلت** الامام الحاكم الشهيد اعرف
بمذهب اصحابنا وسائر الائمة شرحوا كتابه الكافي وتم كل واحد شرحه مبسوطا وكلامه
نص في تحقيق المذهب على ان رواية الاصل كذلك حيث قال فيه **قلت** ارايت الشهود اذا
شهدوا على رجل بالزنا فسال القاضي عنهم فزكوا في السر والعلانية فقضى بشهادتهم ورجم
المشهود عليه ثم وجد احد الشهود عبدا هل على الشهود شيء قال لا حد عليهم ولا ضمان والدية
على بيت المال **قلت** ارايت لو كان المزكون هم احرار فعرفوا نسبهم فامضى القاضي شهادتهم
ثم وجد الشهود ليس لهم نسب ووجدهم عبيدا هل يقضي على المزكين شيء قال ان ثبت المزكون على
شهادتهم انهم احرار لم يقض على المزكين بشيء ولا على الشهود وان رجعوا المزكون عن شهادتهم
ضمنوا **قلت** فاذا لم يقولوا انهم احرار وقالوا انهم عدول ثم وجدوا عبيدا كيف القول
في ذلك قال لا ضمان على المزكين الا هنا لفظ الاصل ولا يلزم التكرار في مسئلة المنظومة
والمختلف لان المسئلة الاولى فيما اذا رجعوا المزكون وقد ظهر بعض الشهود عبدا والثانية
فيما اذا رجعوا ولم يظهر بعض الشهود عبدا ثم اعلم ان المراد بالتزكية اثبات عدالة الشهود
بوصفهم بانهم ازكياء بان يقول المزكون هم احرار مسلمون **قوله** وقيل هذا اذا قالوا

مبسوطا

تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم اي وجوب الضمان على المزكين عند ابي حنيفة اذا قالوا
تعمدنا ذلك اما اذا قالوا اخطانا فلا قال الامام العتابي في شرحه للجامع الصغير وتاويله
اذا قالوا علمنا انهم مجوس ومع هذا زكيناهم اذا قالوا اخطانا فلا تجب عليهم الضمان
لانهم اظهروا علة التلف **قوله** وهذا اذا اخبروا بالحرية والاسلام اي وجوب الضمان
على المزكين فيما اخبروا بالحرية للشهود واسلامهم ثم ظهر الشهود مجوسا او عبيدا
اما اذا قالوا انهم عدول ولم يزيدوا على ذلك ثم ظهروا عبيدا لا ضمان عليهم لان
العبيد يكون عدلا ايضا بتركه محظوره بنفسه اعلم ان ذكورة المزكي شرط عند ابي حنيفة
خلافا لهما ذكره في المختلف ولا يشترط العدد في المزكي عند ابي حنيفة وابي يوسف خلافا
لمحمد ليشترط الاثنان في سائر الحقوق والاربعة في الزنا اما اشتراط في التزكية بالاتفاق
لفظة الشهادة مجلس القضا وقد عرف في المختلف وتجوز شهادة رجل وامراتين
على الاحصان كذا قال الحاكم الشهيد في الكافي **قوله** ولا يورث عنه اي لا يورث
حد القذف عن الميت **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه
فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية استحسانا وفي القياس
تجب القصاص وهذه من مسائل المعادة في الجامع الصغير ولم يذكر فيها حكم القياس
والاستحسان في الجامع الصغير قال الحاكم في الكافي واذا شهد الشهود على رجل بالزنا
وعدلوا فلم يقض القاضي بالرجم حتى قتله انسان بالسيف عمدا او خطا قال عليه
القصاص في العمد والدية في الخطا وان كان يقضي برجمه ثم قتله او قطع يده او فقا عينه
فلا شي عليه وان وجد احد الشهود عبدا بعدما قتله الرجل فعلى الرجل القصاص في
القياس ولكن استحسن فابطل القصاص واجعل عليه الدية في ماله في ثلث سنين وان
قتله رجما فلا شي عليه والدية على بيت المال وكذلك ارش الجراح اذا لم يكن مات الى
هنا لفظ الحاكم وانما وجب القصاص في القياس لانه تبين بعدما وجد الشهود عبيدا انه
قتل نفسا معصومة بغير حق فيجب القصاص لظاهر قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان
النفس بالنفس لكن لم تجب القصاص استحسانا لان قضاء القاضي لحل دمه برجمه
صار شبهة

صار شبهة وهذا لان قضاه لو كان حقا لوجب اباحة الدم فاذا لم يكن حقا بان
وقع خطا فصورة قضايه يورث الشبهة كالنكاح الفاسد يكون شبهة في اسقاط الحد
بخلاف ما اذا قتله عمدا بعد شهادة الشهود وتعديلهم قبل القضا حيث تجب القصاص
لعدم الشبهة لان القضا هو المورث للشبهة ولم يوجد ثم لما لم القصاص وجب الدية
في ماله لان العاقلة لا يعقل العمد هذا قول محمد لكن تجب في ثلاث سنين لان كل عمد
سقط فيه القصاص للشبهة تجب الدية في مال القاتل في ثلاث سنين لانها وجبت بنفس
القتل ابتداء لا بسبب ستحدث كالصلح فصارت كالدية في الخطا وشبه العمد وستعرف
ذلك في كتاب الديات ان شاء الله تعالى بخلاف ما اذا قتله رجما بعد قضاء القاضي بالرجم
ثم وجد الشهود عبيدا حيث لا تجب شي على القاتل وتجب الدية في بيت المال لانه امتثل امر القاضي
ولم يخالفه لكن القاضي مخطي فيما قضى للعامة فيجب ضمان خطايه في بيت المال وليس كذلك
اذا قتله بالسيف لانه خالف امر القاضي لانه امر بالرجم لا بحز الرقبة فلذا وجب الدية في ماله
قوله بخلاف ما اذا قتله قبل القضا اي تجب القصاص حينيد **قوله** ولانه ظنه مباح
الدم عطف على ان القضا صحيح ظاهرا وقت القتل **قوله** كما اذا ظنه حربيا اي ظن
المسلم او العادل او الشخص حربيا وعليه اي على المظنون علامتهم اي علامة اهل الحرب
فقتله عمدا ثم ظهر ان المقتول ليس بحربي تجب الدية في مال القاتل لا القصاص لشبهة
ظنه مباح الدم **قوله** في ماله اي في مال القاتل لانه عمد لان القتل **قوله** وان رجم على
صيغة المبني للفاعل كذا السماع من الاساتذة الكبار اي ان رجم ذلك الرجل المذكور المشهود
عليه بالزنا بعد قضاء القاضي بالرجم ثم وجد الشهود عبيدا او تجوز على صيغة المبني للمفعول
اي ان رجم المشهود عليه بالزنا في هذه الحالة ثم تبين حال الشهود **قوله** لانه امتثل امر
الامام فيما امتثل امره اي احتذاه كذا في ديوان الادب **قوله** فينقل فعله اليه اي فعل
الراجم الى الامام **قوله** ولو باشره بنفسه اي ولو باشر الامام الرجم بنفسه **قوله**
لما ذكرنا اشارة الى ما ذكر قبل ورقة بقوله لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضي وهو عامل للمسلمين
فيجب الغرامة في مالهم **قوله** واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم

وهذه من مسائل الجامع الصغير اعلم ان الشهود اذا قالوا تعمدنا النظر الى فرج الزانية و
المرسة لا يكون قادحا بل تقبل شهادتهم كلفوا على اقامة الشهادة على انهم راوا كالميل
في المكحلة والرشا في البير والقلم في المحبرة ولا يصح التكليف على الخطا والسهو وانما
يصح التكليف على القصد والعمد فاذا كانوا مكلفين على العمد لا يسقط شهادتهم بالعمد لان
قصدهم اقامة الحسبة لا التلذذ قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وان اقروا
انهم نظروا تلذذا ينبغي ان لا يقبل شهادتهم لانهم فسقة وشهادة الفاسق لا تقبل **قوله**
فاشبه الطبيب والقابلة الى الفرج وهذا لان الطبيب يجوز له النظر الى موضع العورة
لضرورة المداواة قال في خلاصة الفتاوى ولا يجوز النظر الى العورة الا عند الضرورة
وهي الاحتقان والختان والمداواة والولادة والبكارة في العنة والرد بالعيب والمراة في حق المراة
اولى وان لم توجد ستروا ما وراء موضع الضرورة **قوله** واذا شهد اربعة على رجل بالزنا فانكر
الاحصان وله امراة قد ولدت منه فانه يرجم معناه ان ينكر الدخول بعد وجود ساير الشرايط
اي شروط الاحصان هذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في اربعة شهدوا على رجل بالزنا وله امراة له منها اولاد فانكر ان يكون
جامعها قال يرجم وذلك لان الولد ثابت نسبه منه بالفراش فاذا كان الولد منه شرعا كان
الدخول ثابتا شرعا ايضا لان الولد بلا دخول لا يكون فبعد ذلك لا يلتفت الى انكاره الدخول كما
اذا شهد الشهود على الدخول وانكر هو ذلك على ان الولد اكثر دلالة من شهادة الشهود على الدخول
ثمة لا يلتفت فهنا اولى ولهذا اذا طلقها هذا الرجل يكون له حق الرجعة وهذه مسئلة دلت على ان
اثبات الاحصان ليس مثل اثبات العقوبات كالحدود والقصاص لانها لا يثبت بدلالة
الظاهر **قوله** حكم بالدخول عليه اي حكم على الرجل بدخوله بالمراة **قوله** والاحصان يثبت بمثله
اي بمثل هذا الدليل الذي دل ظاهرا وفيه شبهة **قوله** فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان
رجل وامراتان رجم خلافا لزفر والشافعي وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها محمد
عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل شهد عليه اربعة بالزنا وهو ينكر الاحصان وشهد عليه بالاحصان
رجل وامراتان قال يرجم وان رجع شهود الاحصان لا شيء عليهم اعلم ان

المشهود

المشهود عليه بالزنا اذا انكر بعض شرايط الاحصان كالنكاح والدخول و
الحرية فشهد عليه رجل وامراتان ثبت الاحصان عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمه
الله فالشافعي مر على اصله في عدم قبوله شهادة النساء في غير الاموال وفي غير
موضع لا يطلع عليه الرجال ولزفر رحمه الله ان الاحصان شرط في معنى العلة فلا يقبل
شهادة النساء فيه كما لا يقبل فيها لان شهادة النساء لا مدخل لها في باب الحدود بيانه ان
علة حد الزنا هو الزنا لكنه يتغلظ عند وجود الاحصان ولهذا يجب الرجم الذي هو اقصى العقوبات
فكان الاحصان شرطا في معنى العلة فلا يقبل شهادتهن على علة الحد فلا يقبل ايضا على شرطه
وهو الاحصان لانه في معناها لتغلظ الجناية عنده ولهذا العبد المسلم اذا زنى فشهد نصرانيان ان مولاه النصراني اعتقه قبل الزنا
لا تثبت حريته لان شهادة الكافر على المسلم بالحد والحرية شرط
شرط من شرائط الاحصان فلم يسمع شهادة الكافر لانها شهادة بالحد ولا يسمع على المسلم
ايضا شهادة النساء على الاحصان لانه حد **ولنا** ان الذكورة انما شرطت
في شهود الزنا لان في شهادة النساء شبهة لقصور عقلهن وضبطهن والشبهة
انما تعتبر فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص لانهما لا يندرئان بها فاذا قامت
البينة على حد وقصاص او على سبب ذلك لا يكون مقبولة بالشبهة والاحصان ليس بحد
وعقوبة وليس بسبب لذلك لان سبب العقوبة معصية قبيحة والاحصان عبارة
عن الخصال الحميدة فلا يكون سببا وليس بشرط للحد ايضا لانه لو كان شرطا تعلق به
وجود الحكم ولم ينعدم عند وجود الحكم والاحصان ينعدم عند وجود الحكم وهو الزنا
نعلم انه ليس بشرط للحد فلما لم يكن الاحصان سببا ولا شرطا للحد [illegible] يتعلق به
الوجوب لا الوجود بطل شرط الذكورة في الشهادة على شرائط الاحصان كما
لو ثبت النكاح والدخول بشهادة رجل وامراتين عند القاضي قبل ظهور الزنا ثم زنى فظهر زناه
عند القاضي فقضى بالرجم عليه وهو معنى قوله في المتن كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة
وحققه ان الموجب للحد في الزنا هو الزنا جلدا كان الحد او رجما لان ذلك هو حكم الله تعالى
في المحصن وغيره الا ان كونه محصنا ليس بمعلوم للقاضي فاذا ظهر كونه محصنا بالشهود
لا يضاف الحكم الى شهود الاحصان بل الى شهود الزنا نظيره قول القايل ان كان لفلان

على الف درهم فعتق ثم شهد شاهدان ان فلانا علقه الفا بعتق العبد لكن لا يضاف
العتق الى الشهادة بل يضاف الى التعليق والى وجوب الالف عليه حالة التعليق
فكذا هذا لا يضاف الرجم الى شهادة الاحصان التي ظهر بها الاحصان بل يضاف
الى الزنا الموجب للرجم فعلى هذا قلنا لا يضمن شهود الاحصان اذا رجعوا خلافا لزفر
لانه في معنى العلة عنده ولا نسلم ان العتق لا يثبت بشهادة النصرانيين بل يثبت الا
انه لا يثبت سابقا على الزنا الذي لا يتضرر به المسلم بكونه مرجوما حينئذ فان **قلت**
يدل على ان الاحصان شرط في معنى العلة ما اذا اقر بالاحصان ثم رجع صح كالزنا
اذا اقر به ثم رجع ولذا يقبل بينة الاحصان حسبة من غير دعوى كالزنا فينبغي ان يشترط
الذكورة في الاحصان كما في التزكية عند ابي حنيفة رضي الله عنه **قلت** انما صح الرجوع
لانه لا مكذب له فيه بخلاف الاقرار بالمال فان رجوعه لا يصح لوجود المكذب لا باعتبار
انه في معنى العلة وهي الزنا وصحت الشهادة من غير دعوى حسبة لاظهار حق الله تعالى
وهو الرجم كالشهادة على عتق الامة يسمع من غير دعوى لانه يتضمن تحريم الفرج وهو
حق الله تعالى والتزكية علة العلة فلهذا اشترطت الذكورة فيها عند ابي حنيفة
وقد مر الفرق بينها وبين الاحصان في قوله وان شهد الاربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم
فاذا الشهود مجوس **قوله** ان شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وكان ينبغي ان
يقول وفي غير موضع لا يطلع عليه الرجال لان شهادتهن مقبولة عنده ايضا فيما لا يطلع
للرجال كالولادة وعيوب النساء والرضاع ولكن يشترط شهادة الاربع منهن عنده **قوله**
عنده اي عند وجود الاحصان **قوله** لما ذكرنا اي الاحصان شرط في معنى العلة **قوله**
على ما ذكرنا اشارة الى قوله قبل باب الوطء الذي يوجب الحد فيكون الكل من جهة عن الزنا
فينظر ثمة **قوله** كما اذا شهدوا به في غير هذه الحالة اراد بهذه الحالة ما بعد الزنا اي
يقبل شهادة رجل وامرأتين بالاحصان قبل الزنا وقد مر بيانه **قوله** بشهادتهما اي
بشهادة الذميين **قوله** والمال لا يثبت سبق التاريخ يعني يثبت العتق لكن لا سابقا
على الزنا وتقدم **قوله** وهو فرع ما تقدم اي عدم الضمان على شهود الاحصان اذا رجعوا
عندنا

عندنا ووجوب الضمان عند زفر بناء على ما قلنا انه في معنى العلة عنده وشرط محض
عندنا لا يتعلق به الوجوب والوجود بل هو علامة معرفة لحكم الزنا الصادر بعده وفي
الاحصان يكفي الشهود ان يقولوا دخل بها او زوجها وقال محمد لا بد ان يقولوا جامعها او با
ضعها كذا ذكره في الشامل في قسم المبسوط

باب حد الشرب

ذكر حد الشرب بعد حد الزنا لان المعصية في الزنا اشد ولهذا كان حد الزنا مائة او رجما
في الحر وحد الشرب ثمانون في الحر وعند الشافعي اربعون كما في العبد تحقيقه ما روى
صاحب السنن باسناده الى عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله
اي الذنب اعظم قال ان تجعل لله عز وجل ندا وهو خلقك قال ثم اي قال ان تقتل ولدك
خشية ان يأكل معك قال ثم اي قال ان تزني حليلة جارك قال وانزل تصديق قول النبي
صلى الله عليه والذين لا يدعون مع الله الها اخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق
ولا يزنون الاية واخر حد القذف عن شرب الخمر لتيقن الجريمة في الشارب دون
القاذف لانه يحتمل انه صادق في القذف بان يكون المقذوف زانيا ولهذا كان حد القذف
اخف من الجميع وتأخير حد السرقة لما انه شرع لصيانة الاموال والمال تبع **قوله**
ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة او جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك
فعليه الحد وكذلك اذا اقر وريحها موجودة وهذه مسئلة القدوري الا انه لم يذكر في
مختصره وجاؤا به سكران اعلم ان التقادم في الحدود الا في حد القذف مانع عن قبول الشهادة
بالاتفاق والا ان في تقديره اختلافا فعند ابي حنيفة هو على ستة اشهر او على ما يراه
الامام وعند محمد شهر هذا في غير حد الشرب وقدره محمد فيه ايضا كما قدر في حد الزنا و
السرقة بشهر والفرق بين حد القذف وغيره مر في اول الباب الذي قبل هذا الباب
وهما قدراه بانقطاع الرائحة وهذا قال ابو حنيفة في المجرد ان شهدوا عليه بشرب الخمر
طوعا انه شربها منذ يوم او ليلة يقبل ويحد وان كان مضى لذلك يوم او اكثر او ليلة او
اكثر لم يحد وذلك لان في هذه المدة لا ينقطع **وجه** قول محمد ان التقادم لما كان مانعا
اعتبر في ذلك الزمان كما اعتبر في غير حد الشرب فقدر بشهر لان ما دونه قريب ولم يعتبر

الرائحة للاحتمال لان ريح الخمر قد يشتبه بريح السفرجل **ولهما** قول ابن مسعود
فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وقد اعتبر قيام الرائحة ولان الاختلاف وقع
في قرب العهد وتطاوله وقيام اثر شرب الخمر وهو الرائحة من اقوى الدلالات على القرب
فيعتبر ذلك ولا حاجة مع وجود الاثر الى التقدير بالزمان واذا تعذر اعتباره اعتبر ما
خلفه وهو الزمان ولم يتعذر فيما نحن فيه والتمييز بين الروائح متحقق بالاستدلال
لمن له لب واشتباهه على الجاهل الغير لا يعتبر به في موضع الحجة وهذا في الشهادة اما
الاقرار بالشرب فالتقادم لا يبطله عند محمد كما لا يبطله في حد الزنا بالاتفاق وعند ابي
حنيفة وابي يوسف يبطله التقادم كما يبطل الشهادة والقياس ما قال محمد لان الانسان
لا يتهم في الاقرار على نفسه وانما يتهم في الشهادة بعد تطاول العهد وذكر في نوادر ابن سماعة
عن محمد قال هذا عظيم عندي من القول ان يبطل الحد بالاقرار واني اقيم الحد عليه وان جاء
بعد اربعين عاما انه كان شرب النبيذ وسكر تقادم او لم يتقادم وجد ريحها او لم يوجد
ولهما ان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا يصح اجماعهم بدون راي ابن مسعود
وقد اعتبر هو قيام الرائحة لاقامة الحد فان **قلت** الشرط يوجب وجود الحكم عند و
جوده ولا يوجب العدم عند عدمه فعلى هذا يجب الحد عند وجود الرائحة ولا ينعدم عند
عدمها **قلت** عدم الحكم عند عدم الرائحة لا باعتبار ان عدم الشرط اوجب عدم
الحكم بل لعدم الاجماع على الحد في ذلك التعزير لان اجماعهم لا يصح بدون راي ابن مسعود
وهو لم ير الحد عند انقطاع الرائحة والمذهب عندي في الاقرار ما قال محمد لما بينا وحديث ابن
مسعود انكره بعض اهل العلم كذا قال ابو عبيد لان الاصل في الحدود اذا جاء صاحبها مقرا
بها الرد والاعراض وعدم الاستماع احتيالا للدرء كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم
حين اتى ماعز فكيف يامر ابن مسعود بالتلتلة والمزمزة والاستنكاه حتى يظهر سكره
فلو صح فتاويله انه جاء في رجل مولع بالشراب مدمن فاستجاز لذلك **قوله** وريحها
موجود ذكر خبر الريح بالتانيث لان الريح من الاسماء المؤنثة السماعية **قوله** او جاء
وانه سكران اي الى المجلس القاضي والبالمعدية علي اي على من شرب بذلك اي بشرب الخمر
قوله

قوله وكذلك اي لم يحد عندهما اذا اقر بعد ذهاب الرائحة فكذلك لا يحد اذا شهدوا
بعد ذهاب الرائحة وعند محمد لا يعتبر الرائحة بل يحد صورة الشهادة اذا لم يتقادم
العهد ويحد في الاقرار وان تقادم **قوله** انه اي ان التقادم عنده اي عند محمد **قوله**
يقولون لي انكه قد شربت مدامه فقلت لهم لا بل اكلت السفرجلا يروى البيت
بكلمة قد وهي رواية المطرزي في المغرب وبدونها وهي رواية الفقها فعلى الاول
يسقط همزة الوصل من انكه في اللفظ وعلى الثاني تحرك بالكسر لضرورة النقل
ولا يسقط ولحن تحريك همزة الوصل والحشو والانصاف وقد مر بيان ذلك في كتابنا
الموسوم بقصيدة الصفا بكما ونثرا والمدامة بمعنى المدام وهي الخمر **قوله** وعندهما اي
عند ابي حنيفة وابي يوسف **قوله** ولان قيام الاثر اي اثر الخمر **قوله** على القرب
اي على قرب العهد **قوله** وقد شرط اي شرط ابن مسعود رضي الله عنه **قوله**
على ما رويناه اشارة الى قوله تلتلوه ومزمزوه واستنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر
فاجلدوه والتلتلة بتاءين كل واحدة منهما منقوطة بنقطتين فوقانيتين بمعنى
التزتزة براءين مهملتين وكذلك المزمزة بزايين معجمتين في معناهما وهي التحريك و
الزعزعة حتى يوجد منه الريح ليعلم ما شرب وجمع التلتلة تلاتل وهي الحركات
ما لك في الرمة نصف بعيرا بعيد مساف الخطو غوج شمردل يقطع انفاس المهاري تلاتله
والمساف جمع مسافة يعني انه بعيد الخطو غوج اي واسع الصدر شمردل اي طويل
والانفاس جمع نفس والمهاري جمع المهرية من النوق يقول انها تسرع بسيره فتكل
بقلقلة في السير وتجهدها وتوقع عليها البهر والنفس لسرعته والاستنكاه طلب النكهة
وهي رائحة الفم **قوله** فان اخذه الشهود وريحها يوجد منه او سكران فذهبوا به من
مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل ان ينتهوا به حد في قولهم جميعا الواو في وريحها
للحال ومعنى قوله او سكران وذلك لا ينشاء الا من ريح الخمر وهذه من مسائل الجامع الصغير
وصورتها في محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة وان كان الموضع الذي فيه الشهود بعيدا عن الامام
فانقطعت الرائحة بسبب بعد المسافة لم يبطل الحد لانه لم يكن التقادم قدر بانقطاع الرائحة

عند ابي حنيفة وابي يوسف بعد انقطاعها لا يسمع الشهادة اذا كان المشهود عليه حا
ضرا اما اذا كان غايبا عن الامام بحيث ينقطع الريح قبل الانتهاء الى الامام لبعد المسافة
فلا يكون التقادم مانعا عن قبول الشهادة لان تاخير الشهادة حينئذ عن عذر فلا يتهمون
في التاخير كما في ساير الحدود واذا اخروا الشهادة لبعد المسافة يقبل شهادتهم لعدم التهمة
فكذا هنا **قوله** ومن سكر من النبيذ حد هذه من مسئلة القدوري والاصل في ذلك ما روي
في السنن مسندا الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر
فاجلدوه فان عاد الرابعة **فاقتلوه** بيانه ان الحديث الخمر يجب بشرب **قطرة** منها بدون
السكر بالاجماع نعلم ان النبي صلى الله عليه اراد به السكر فيما سوى الخمر من الاشربة ودل
ايضا ان الحد في غير الخمر لا يجب بدون السكر وقد روي ان عمر رضي الله عنه حد اعرابيا سكر
من النبيذ يقال نبذت الشي ابنذه اذا القيته ومنه سمي النبيذ لان التمر كان يلقى في الانية ويصب
عليه الماء كذا في المجمل والمراد هنا السكر من مطلق النبيذ سواء كان نبيذ التمر والزبيب وقال
بعضهم في شرحه اراد بقوله من سكر من النبيذ الذي غلا واشتد قلت لا يحتاج الى هذا
التفسير لان ذلك علم من قوله سكر لان السكر لا يحصل قبل الغليان والاشتداد **قوله** ويعرف
الكلام في حد السكر ومقدار حده اي بعد خمسة خطوط **قوله** ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر
او تقياها هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه يجوز ان يشربها مكرها او بوجور في حلقه
كرها فلا يعتبر بمجرد رائحة الخمر ما لم يعلم الشرب عن طوع وعلل صاحب الهداية بقوله لان الرائحة
محتملة فيرد عليه الاشكال لانه قال قبل هذا والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وقطع الاحتمال
وهنا عكس وتكلف بعضهم في توجيهه الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال
على وجه الاستقصاء ولقايل ان يقول اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال على الوجه المذكور فاذا
استدل على ذلك الوجه في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة لا محالة فينبغي ان يحد حينئذ لكن نقول
[illegible]
[illegible]
الشارح عن كلامه فرسخا **قوله** ولا حد السكران حتى يعلم انه سكر من النبيذ وشربه طوعا وهذا

لفظ

لفظ القدوري في شرحه وعلل صاحب الهداية بقوله لان السكر من المباح لا يوجب
الحد كالبنج ولبن الرماك قال في شرح الطحاوي وما يتخذ من الحنطة والشعير والدخن
والاجاص والشهد ونحوها وان اشتد فهو حلال عند ابي حنيفة وابي يوسف لا يجب
بعد ولا يحد شاربه وان سكر وعند محمد ما اسكر كثيره فقليله بعد الشدة مكروه مسكر
وقال في الجامع الصغير في كتاب الاشربة وما سوى ذلك من الاشربة فلا باس به
اي ما سوى الخمر ونبيذ التمر والزبيب والمنصف والباذق وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
وذلك نص على ان ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال في قول ابي حنيفة حتى
ان الحد لا يجب وان سكر منه في قوله وروي عن محمد انه حرام يجب الحد بالسكر منه و
كذلك السكران منه اذا طلق امراته لم يقع عند ابي حنيفة بمنزلة طلاق النايم والمغمى عليه
وعند محمد يقع بمنزلة طلاق السكران من الاشربة المحرمة ثم قال فخر الاسلام والذي ذكرنا عن
ابي حنيفة انه حلال مطلق والسكر منه عنده بمنزلة السكر من البنج ولبن الرماك لا يمنع وقوع
الطلاق والعتاق والبيع والاقرار بالاجماع فهذا كذلك قال في المحيط ذكر عبد العزيز الترمذي
سالت ابا حنيفة وسفيان عن رجل شرب البنج فارتفع الى راسه فطلق امراته قال
ان كان حين شرب يعلم انه ما هو يقع طالق وان لم يعلم لا تطلق ولو ذهب عقله بمزدوا لا تطلق
لانه خلاصة الفتاوى في كتاب الطلاق في كرمين الايمة السرخسي في اثناء الكلام ان لبن الرماك
مباح كالبنج وقال في اشربة الخلاصة وشرب البنج للتداوي لا باس به فان ذهب عقله ان سكر منه
لم يحد عند هما خلافا لمحمد ثم اعلم انه اذا شرب الخمر يحد بشرب قطرة منها
وان شرب النبيذ والباذق وهو المطبوخ ادنى طبخه او شرب المنصف وهو الذي
ذهب نصفه بالطبخ لا يحد ما لم يسكر عن شربه ذلك طوعا لان حرمة الخمر قطعية
وحرمة هذه الاشياء اجتهادية حيث يحل شرب النبيذ ما لم يبلغ حد السكر اذا لم يكن
عن لهو وطرب على قول ابي حنيفة وابي يوسف ويحل شرب الباذق والمنصف على قول
الاوزاعي اما اذا شرب غير ذلك مما يتخذ من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والارز ومن
الاشربة كالعسل فلا يحد وان سكر لان النبي صلى الله عليه قال الخمر من هاتين الشجرتين

واشار الى الكرمة والنخلة والمراد بيان الحكم بيانه ان الاشيا كانت مباحة في الاصل فلم
يتبين حرمتها لقوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا واذا كان كذلك توقف الحرمة
على وجود دليلها في الاشيا المذكورة فبقيت على اصل الاباحة وباقي الكلام سوف يجي في
كتاب الاشربة ان شاء الله تعالى فلما لم يكن الحد في هذه الاشيا لم يحد السكران حتى يعلم انه
سكر من النبيذ طوعا لانه يحتمل انه شرب من تلك الاشيا او شرب من النبيذ كرها فسكر نوع
الشك والحد لا يجب بالشك فلاجل هذا شرط العلم **قوله** ولا يحد حتى يزول عنه السكر هذا
لفظ القدوري **اعلم** ان السكران لا يحد ما لم يصح لان المقصود من الحد الانزجار ولا يحصل
الانزجار اذا حد في حال السكر لعدم الاحساس بالم الحد يؤيده ما روي عن عمر رضي الله عنه
انه حبس سكرانا الى ان يصحوا فلما صحا حده **قوله** وحد الخمر والسكر ثمانون سوطا وهذا
لفظ القدوري في مختصره والسكر بضم السين وسكون الكاف كذا السماع اي حد الخمر
كيفما شرب بها قليلا وكثيرا بعد ان كان عن طوع فان حرمتها قطعية يجب الحد بشرب
قطرة منها بلا اشتراط السكر وحد السكر في غير الخمر فان في غير الخمر لا يجب الحد ما لم
يسكر لان حرمتها اجتهادية **اعلم** ان حد الخمر عندنا في الحر وهو مذهب مالك واحمد
وقال الشافعي اربعون جلدة ولو ضرب قريبا من ذلك بالنعال واطراف الثياب يكفي على اصح
الوجهين ولو راى الامام ان جلده ثمانين جاز على الاظهر له ما روي في السنن مسندا الى حضين
ابن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان ابن عفان واتي بالوليد ابن عقبة فشهد عليه حمران ورجل
اخر فشهد انه راه شربها يعني الخمر وشهد الاخر انه راه يتقياها فقال عثمان انه لم يتقياها حتى
يشربها فقال لعلي اقم عليه الحد فقال علي للحسن اقم عليه الحد فقال الحسن ول حارها من تولى
قارها فقال علي لعبد الله ابن جعفر اقم عليه الحد فاخذ السوط فجلده وعلي يعد فلما بلغ
اربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه اربعين وجلد ابو بكر اربعين وعمر ثمانين
وكل سنة وهذا احب الي **ولنا** ما روي في الجامع الترمذي مسندا الى ابي سعيد
الخدري رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه ضرب الحد بنعلين يعني في الخمر
بيانه ان كل نعل يقوم مقام سوط فيكون الاربعون ثمانين وروي في الجامع الترمذي
ايضا مسندا

ايضا مسندا الى قتادة يحدث عن انس عن النبي صلى الله عليه انه اتي برجل قد شرب
نحو ع الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين بيانه انه لما كان الضرب بجريدتين كان الاربعون
ثمانين والجريد سعف النخل عند اهل الحجاز والجواب عما رواه الشافعي ان اهل الحديث
قالوا انه لا يصح عن علي رضي الله عنه ولم ينقل على ثمن ذلك شيا الا ترى انما كان حدث في الموطا
عن ثور ابن زيد الديلي ان عمر ابن الخطاب استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي ابن ابي
طالب نرى ان تجلده ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى
فجلد عمر في الخمر ثمانين وحدث البخاري ايضا في الصحيح باسناده الى عمير ابن سعيد النخعي
يقول سمعت علي ابن ابي طالب يقول ما كنت لاقيم الحد على احد فيموت فاجد في نفسي الا
صاحب الخمر فانه لو مات وديته وذلك ان رسول الله صلى الله عليه لم يسنه وحدث الطحاوي
في شرح الاثار مسندا الى عمير ابن سعيد ايضا عن علي ابن ابي طالب قال ما حددت حدا احدا
فمات فيه فوجدت في نفسي شيا الا الخمر فان رسول الله صلى الله عليه لم يسن فيه شيا وحدث
ع الطحاوي في حديث اخر باسناده الى عمير ابن سعيد النخعي ايضا قال قال رسول الله صلى الله عليه
على من شرب الخمر فجلدناه فمات وديناه لانه شي صنعناه وحدث الطحاوي ايضا في شرح
الاثار باسناده الى علي انه قال اذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفتري ثمانون فدلت
هذه الاحاديث كلها ان ذلك الحديث لا يصح عن رسول الله صلى الله عليه لم ينقل برايه ولم يقل لم يسن رسول الله
شيا ولم يقل شي صنعناه وعايد على ان رسول الله صلى الله عليه لم يوقت في حد الخمر شيا
ما حدث الطحاوي في الصحيح مسندا الى ابي هريرة قال اتي النبي صلى الله عليه برجل قد شرب
قال اضربوه قال ابو هريرة فمنا الضارب بيده والضارب بنعله والضارب بثوبه فلما انصرف
قال بعض القوم اخزاك الله قال عليه السلام لا تقولوا هكذا لا تعينوا عليه الشيطان وحدث ايضا
مسندا الى السايب ابن يزيد قال كنا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وامرة ابي
اربعين بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا واردينا حتى كان اخر امرة عمر فجلد اربعين
حتى اذا عتوا وفسقوا جلد ثمانين ولا شك ان عمر جلد ثمانين بحضرة اصحاب رسول الله
صلى الله عليه فلم ينكر عليه احد منهم فحل محل الاجماع فهذا معنى قول صاحب الهداية لاجماع الصحابة

رضي الله عنهم ومعنى قوله وليّ حارّها من تولّى قارّها اي ولّ شديدها من تولّى هيّنها كذا قال
الاصمعي يضرب مثلا في وضع الشيء موضعه الذي يستحقه فان **قلت** ما حكم الخمر اذا شربها
واحد اربع مرّات فهل يجب القتل للحديث الذي روي في السنن عن ابي هريرة قال قال
رسول الله صلى الله عليه اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه فان عاد الرابعة فاقتلوه
قلت ذلك محمول على التهديد والسياسة بدليل ما في السنن ايضا عن عبد الله
ابن مسعود قال قال رسول الله صلى الله عليه لا يحل دم رجل مسلم يشهد ان لا اله الا الله
واني رسول الله الا باحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق
للجماعة وشرب الخمر ليس من هذه الثلاث فلم يجب القتل توفيقا بين الحديثين **قوله** و
يفرّق على بدنه كما في حد الزنا اي يفرّق السوط على بدن الشارب الخمر ولا يضرب على
موضع واحد كما يفرّق على بدن الزاني ويعطى كل عضو حظه من الضرب ما خلا الوجه
والرأس والفرج في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف رحمه الله يضرب الرأس ايضا وانما
يفرّق الضرب لان الحد يراد به الطهرة من الذنب وجميع الاعضاء تحتاج الى التطهير بخلاف
الاشياء المستثناة فان الضرب على الوجه تورث المثلة وهي منهية والضرب على الفرج و
الرأس تخاف منه الهلاك والحد زاجر لا متلف وقد بيّنت تفصيلا بيان ذلك في فصل كيفية
الحد واقامته فينظر ثمة وقوله على ما مرّ اشارة الى ذلك الفصل **قوله** لم تجرّد في المشهور من
الرواية **اعلم** ان المحدود يجرّد عن ثيابه في جميع الحدود والتعزير الا الازار احترازا عن
كشف العورة الا حد القذف فانه يضرب وعليه الثياب الا الحشو والفروة فانه ينزع وسيجيء
بيانه في بابه وروي عن محمد في غير ظاهر الرواية ان شارب الخمر يجرّد عن ثيابه لعدم ورود
النص بذلك وهو الاصح على ما قيل في الظاهر ان التخفيف في الشرب حصل مرة بنقصان العدد
عن جلد الزنا وهو المائة فلا تخفف ثانيا بترك التجريد وقال بعضهم في شرحه في بيان قوله لانه لم
يرد نص قاطع فيه نظر لانه لا حاجة الى التقييد بالقطع لانه لم يرد بالتجريد نص اصلا
في كتب الحديث وقال ايضا حد كل واحد من الزنا وشرب الخمر قطعي فيه نظر ايضا لان قوله تعالى
الزانية والزاني مخصوص منه المكره والصبي والمجنون والمستأمن ايضا على مذهب ابي حنيفة

ومحمد

ومحمد وكيف يبقى القطع بعد التخصيص وكذلك في حد الشرب فهو مخصوص والذمي ايضا
ومن يخاف على نفسه العطش ايضا مخصوص **قوله** وان كان عبدا فالحد اربعون هذا لفظ
القدوري اي ان كان شارب الخمر ومن سكر من الاشربة المحرمة والمسكر عبدا فالحد اربعون
لان حد الحر ثمانون وحد العبد اربعون على النصف من ذلك فيكون اربعين وهذا لان الرق
منصف وقد مرّ بيانه في فصل كيفية الحد وقد روى مالك في الموطأ عن عمر ابن الخطاب وعثمان
ابن عفان وعبد الله قالوا حد العبد نصف حد الحر في الخمر وحدث مالك ان ابن شهاب
الزهري انه سئل عن حد العبد في الخمر فقال بلغنا ان عليه نصف حد الحر في الخمر **قوله** ومن
اقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد هذا لفظ القدوري في مختصره السكر بفتحتين هو نقيع
التمر اذا غلا ولم يطبخ كذا فسّره الناطفي في الاجناس وقال في الجمهرة السكر كل شراب اسكر
وقال في ديوان الادب السكر خمر النبيذ وقال في المجمل السكر شراب وقال في المغرب السكر عصير
الرطب اذا اشتد وقال المفسرون في قوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا انه الخمر ونزل
قبل تحريم الخمر كذا قال الزجاج والقتبي وقال ابو عبيدة السكر الطعم قال القتبي لست اعرف
هذا في التفسير والزجاج استدل بذلك بقول الشاعر جعلت اعراض الكرام سكرا اي جعلت
ذمّهم طعما لك ورزقا حسنا يعني التمر والزبيب والمراد هنا ما قاله الناطفي وانما خصّه
بالذكر والحكم في سائر الاشربة المحرمة كذلك حيث يصح رجوعه لان الغالب في بلادهم
ولا يروى السكر بضم السين لان شرب السكر حلال اللهم اذا قيل انه معطوف على
الشرب لا على الخمر على معنى اقر بشرب الخمر واقر بالسكر فذلك صحيح من حيث العربية لكن
السماع لم يقع الا على الاول ولان الاقرار بالسكر لا يخلو اما ان يكون بعد زوال السكر او
حال السكر فالاول لا يجوز للتقادم **والثاني** لا يجوز ايضا لان السكران لا يحد باقراره
وهي مسئلة اخر الباب ثم انما صح الرجوع بعد الاقرار بشرب الخمر والسكر لانه لا مكذّب له
في الرجوع لان حد الشرب خالص حق الله تعالى فصار كالرجوع في الاقرار بالزنا وقد مرّ بيان
ذلك قبل فصل كيفية الحد واقامته **قوله** ويثبت الشرب بشهادة شاهدين
ويثبت بالاقرار مرة واحدة وهذا لفظ القدوري وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف

وزفر يحد باقرار مرتين في مجلسين اعتبارا للعدد الاقرار بعدد الشهود كما في الاقرار بالزنا
ولنا ان الشرب يظهر باقرار مرة واحدة فلا حاجة الى التكرار كما في القصاص وحد القذف
والديون وتكرار الاقرار في الزنا ثبت بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره **قوله** وسنبينها هنا كان
سنبين هذه المسئلة في السرقة **قوله** ولا يقبل فيه شهادة النساء مع الرجال وهذا لفظ
القدوري في مختصره وعلل صاحب الهداية بقوله لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان
بيانه ان الله تعالى قال في اية المداينة واستشهدوا شهيدين من رجالكم فان لم يكونا رجلين فرجل و
امرأتان ممن ترضون من الشهداء ان تضل احديهما فتذكر احديهما الاخرى من رجالكم من اهل
ملتكم فان لم تكونا اي ان لم يكن الشاهدان رجلين فالذي يستشهد رجل وامرأتان ممن ترضون
مذهبهم من اجل ان تضل احديهما الشهادة اي تنسى فتذكرها الاخرى ومنه قوله تعالى خبرا عن
موسى فعلتها اذن وانا من الضالين اي من الناسين فثبت ان في الشهادتين البدلية
والنسيان فصارت البدلية والنسيان شبهة فلم تسمع شهادتهن في باب الحدود لشبهة البدلية
لان الحدود تندرئ بالشبهات كالشهادة على الشهادة لا تسمع في باب الحدود لكونها بدلا
فلذا هنا لو ابنه ما روى الزهري انه قال مضت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين
بعده ان لا شهادة للنساء في باب الحدود والقصاص **قوله** والسكران الذي يحد هو الذي
لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المراة وهذه مسئلة الجامع الصغير وقد رواها
ابو يوسف عن ابي حنيفة وهو قول ابي حنيفة وقال في كتاب الاشربة اذا كان كلامه كلاما
مختلطا لا يفهم منطقا ولا كلاما ولا جوابا وهو قولهما قال الفقيه ابو الليث هذا قريب من ذلك والمراد
من اختلاط كلامه انه يهذي ويكون كلامه غير مستقيم مرة ومستقيم اخرى والمراد من قوله
لا يفهم منطقا ولا كلاما انه لا يفهم حالة الهذيان لانه اذا لم يفهم ولم يعقل اصلا لا يكون قولهما كقوله
فبقي خلاف حينئذ لهما الاعتبار بالعرف والعادة فان الشارب اذا جعل يهذي يسمى سكران
ولابي حنيفة رضي الله عنه ان في اسباب الحدود يعتبر اقصاها درءا للحد الا ترى ان في الزنا
يعتبر المخالطة كالميل في المكحلة وفي السرقة يعتبر الاخذ من الحرز التام فلذا هنا اعتبر اقصى
غايات السكر وهو ان يبلغ مبلغا لا يعرف الارض من السماء والرجل من المراة واذا لم يبلغ هذا المبلغ
في غير الخمر

في غير الخمر من سائر الاشربة المحرمة لا يحد لان السكر ناقص ففي النقصان شبهة العدم بخلاف
الخمر حيث لم يشترط فيها السكر اصلا لان حرمتها قطعية لا اجتهاد به والمبلغ في السكر في حق
الحرمة هو الذي قالاه بالاتفاق احتياطا واجتنابا عن الوقوع في الحرمة وروى بشر بن الوليد
الوليد وقال يؤمر بقراءة قل يا ايها الكافرون فان عجز فهو سكران قال بشر قلت لابي يوسف
كيف امر بقراءة هذه السورة من بين السور وربما يخطئ فيها العاقل قال لان الله تعالى بين ان الذي
عجز عن قراءة هذه السورة سكران لان واحدا من الصحابة صلى بالناس قبل تحريم الخمر وكان
سكران فقرأ هذه السورة بخلاف ما انزلت فنزل قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقربوا
الصلوة وانتم سكارى فثبت انه اذا عجز عن قراءة هذه السورة عرف انه سكران كذا ذكر
الفقيه ابو الليث يدل على ما حدث ابو عيسى الترمذي في جامعه باسناده الى ابي عبد
الرحمن السلمي عن علي ابن ابي طالب قال صنع لنا عبد الرحمن ابن عوف طعاما فدعانا و
سقانا من الخمر فاخذت الخمر منا وحضرت الصلوة فقدموني فقرأت قل يا ايها الكافرون
لا اعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون قال فانزل الله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقربوا
الصلوة وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون **قوله** ما قالا اليه الاجماع اشارة الى قوله
وقالا هو الذي يهذي ويخلط كلامه **قوله** والشافعي يعتبر ظهور اثره في مشيته وحركاته
واطرافه وصاحب الهداية قلد في هذا الكلام فخر الاسلام لانه قال في شرح الجامع الصغير
قال الشافعي اذا ظهر اثره في مشيته واطرافه وحركاته فهو السكر **ولنا** فيه نظر
لان الشافعي يوجب الحد في شرب النبيذ المسكر حسبما قل وهو المذكور في كتبهم ولا
يعتبر السكر اصلا **قوله** وهذا ما يتفاوت اي الذي قاله الشافعي على تقدير صحة
الرواية عنه ما يتفاوت لانه كم من صاح يتمايل ويتزلزل في مشيته وكم من سكران يكون ثبت
القدم فيكون امر الاباحة لئلا ان كان قاله **قوله** ولا يحد السكران باقراره على نفسه هذه
من مسائل الجامع الصغير اعلم ان السكران اذا اقر على نفسه بشيء من الحدود لا يؤاخذ به الا حد
القذف بيانه ان السكران اذا اقر على نفسه بالحدود الخالصة حقا لله تعالى نحو حد الزنا والشرب
والسرقة لا يؤاخذ بما اقر ولا يحد لان كلامه هذيان يحتمل الكذب ومع الاحتمال الكذب لا يحد

لان الحدود تحتال لدرئها لا لاثباتها الا انه يضمن المسروق لانه حق العبد ولو اقر بحد فيه
حق العبد كحد القذف اذا اقر بقصاص على نفسه او بطلاق او بعتاق صح اقراره الا انه
يحد حد القذف اذا صحا وهذا لانه يؤاخذ بحقوق العباد ولا حد القذف حق العبد لم يبطل
بالتقادم ولا يصح الرجوع بعد الاقرار ولا يقام بدون دعوى المقذوف **قوله** والسكران
فيه كالصاحي اي في حق العبد **قوله** كما في سائر تصرفاته الضمير راجع الى السكران يعني ان
السكران جعل في حق العبد وهو حد القذف كالصاحي كما جعل كذلك في سائر تصرفاته من الاقرار
بالمال والطلاق والعتاق **قوله** ولو ارتد السكران لا تبين منه امراته قال الحاكم في الكافي
وردة السكران ليس بشيء استحسانا كذا ذكره ايضا في الشامل في قسم المبسوط وذلك ان بعض
الصحابة قرا قل يا ايها الكافرون على الخلاف ما انزلت حالة السكر قبل تحريم الخمر فلم يكن ذلك منه كفر
ولان الكفر من الاعتقاد والسكران لا يعتقد ما يقول لان كلامه هذيان لا اقرار له فلا يكون كافرا
بدون الاعتقاد كالمكره على الكفر

باب حد القذف

قد ذكرنا وجه المناسبة في اول باب حد الشرب **قوله** اذا قذف الرجل رجلا محصنا او
امراة محصنة بصريح الزنا وطلب المقذوف الحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا
وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذه المسئلة تشتمل على قيود الاول وجوب الحد بقذف
المحصن او المحصنة والاصل فيها قال في شرح الطحاوي ان من قذف احدا بفعل يوجب الحد على
المقذوف لو ظهر ذلك منه فاذا لم يظهر ذلك بقول القاذف فيجب الحد ثمانون جلدة اذا كان حرا او
اربعون اذا كان عبدا سواء كان القاذف رجلا او امراة بعد ان يكون من اهل العقوبة وان لم يكن من
اهل العقوبة فلا حد عليه كالصبي والمجنون ولو لم يكن الفعل موجبا للحد على المقذوف لو ظهر ذلك
فلا يجب الحد على القاذف ويجب التعزير وذلك لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة
شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون ولما روى صاحب
السنن وغيره مسندا الى ابن عباس ان هلال ابن امية قذف امراته عند النبي صلى الله عليه وسلم
بشريك ابن سحماء فقال النبي صلى الله عليه البينة او حد في ظهرك وفي رواية والا حد في ظهرك
الثاني وجوب الحد بالقذف بصريح الزنا بان قال للمحصن يا زاني او للمحصنة او قال
يا ولد الزنا

يا ولد الزنا او يا ابن الزنا او لست لابيك وامه حرة مسلمة وذلك لان المراد من الرمي في الاية هو
القذف بالزنا لا بغيره بدلالة اربعة شهداء لانها يشترط في الزنا لا في غيره **والثالث**
مطالبة المقذوف لان الحد انما يجب على القاذف دفعا للشين الذي لحقه بقذف القاذف فاذا لم
يطالب المقذوف فقد ترك حقه فلا يستوفى الحد حينئذ **والرابعة** تقدير الحد بثمانين في الحر
لان ذلك منصوص في الاية الخامس قيد الحرية لانا القاذف اذا كان عبدا فحده اربعون
وهو مذهب مالك والشافعي واحمد وذلك لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب
لان الرق منصف على ما مر بيانه في فصل كيفية الحد واقامته وحدثنا مالك في الموطا باسناده الى
عبد الله ابن عامر ابن ربيعة فقال ادركت عمر ابن الخطاب وعثمان ابن عفان والخلفاء هلم جرا فما
رايت احدا جلد عبدا في فرية اكثر من اربعين وقد روي عن ابن مسعود والاوزاعي انه يجلد
ثمانين وذلك ضعيف لقوله عليه السلام عليكم بسنتي وسنة الخلفاء الراشدين من بعدي وقد
عرفت ان سنة الخلفاء خلاف ذلك والاخذ بها اولى **قوله** اشارة اليه اي الى الرمي
بالزنا **قوله** واحصان المقذوف اي يشترط لما تلونا اشارة الى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات
قوله قال ويفرق على اعضائه اي قال القدوري في مختصره وانما يفرق السوط على اعضائه
ما خلا الوجه والراس والفرج لما مر في حد الزنا ان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف
قوله ولا يجرد من ثيابه هذا لفظ القدوري ايضا اي لا يجرد القاذف عن ثيابه لان
سببه اي سبب الحد وهو القذف غير مقطوع به لاحتمال كون القاذف صادقا في القذف
الواقع وان كان عاجزا عن اقامة البينة على ما قذف لاشتراط الامور في الشهادة على زنا
المقذوف فلما ابتنى للشهود تحقيق ذلك عند القاضي فلما كان في القذف احتمال الصدق
لم يجرد ثيابه طلبا للخفة في اقامة الحد وهو معنى قوله فلا يقام على الشدة بخلاف سائر
الحدود فان اسبابها مقطوع بها لثبوتها بالبينة او ما الاقرار فيجرد الذي يقام عليه
الحد الا الازار توقيا عن كشف العورة فيقام على الشدة الا شارب الخمر فانه لا يجرد
على ما وقع عليه اختيارنا لعدم ورود النص بذلك وقد مر في بابه ثم اذا لم يجرد القاذف
ينزع عنه الحشو والفرو حتى يحصل المقصود من الحد وهو الزجر باتصال الالم بالمحدود ونحو

الامور

معنى قوله لان للداعي الحشو والمفروطينع اتصال الكلام به اي بالحد **قوله** فان كان القاذف
عبدا جلد اربعين سوطا وهذا ايضا من مسايل القدوري بتمامه انما **قوله** والاحصان
ان يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا **عن فعل الزنا** هذا لفظ القدوري
مختصره اعلم ان المقذوف اذا لم يكن محصنا لا يجب على قاذفه الحد وانما يجب اذا كان
محصنا وشرايط احصان المقذوف خمس الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والعفة
عن الزنا **اما** اشتراط الحرية فلان الله تعالى اراد بقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات
من العذاب الحراير لا الاما فدل على ان الرقيق ليس بمحصن **واما** اشتراط العقل والبلوغ
فلان حد القذف لدفع العار والشين عن المقذوف والمجنون والصبي لا يعتبر فعلهما زنا لرفع القلم
فلا عار يلحق اذن بسبب القذف بالزنا **واما** الاسلام فلما روى اصحابنا في كتبهم عن النبي
صلى الله عليه من اشرك بالله فليس بمحصن فلما لم يكن الكافر محصنا بحكم الحديث لم يحد قاذفه
لان الله تعالى اوجب الحد على قاذف المحصنات في قوله تعالى والذين يرمون المحصنات الاية **واما**
اشتراط العفة عن فعل الزنا فلان شرعية هذا الحد لدفع لحاق الشين ودفعه وغير
العفيف لا يلحقه الشين بنسبته الى الزنا فلا يحد قاذفه ولان القاذف انما يحد على فريته لا على
صدقه والقاذف هنا صادق فلا حد قال في شرح الطحاوي وشرايطه خمسة وهو ان يكون حرا
بالغا عاقلا مسلما عفيفا لم يطأ امراة بالزنا ولا بالشبهة ولا بنكاح فاسد في عمره فان كان فعل ذلك
مرة **سقطت** عدالته ولا حد على قاذفه وكذلك لو حصل وطيه في غير الملك او وطي جارية
مشتركة بينه وبين اخر **سقطت** عدالته ولو وطي في الملك الا انه حرام فانه ينظر ان
كانت الحرمة موقتة فانه لا يسقط عدالته كما اذا وطي امراة في حالة الحيض او اشترى امة مجوسية
فوطيها لا يسقط احصانه وان كانت الحرمة مؤبدة سقط احصانه كما اذا وطي امته وهي اخته
من الرضاعة ولو لمس امراة بشهوة او نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج ابنتها ودخل بها او تزوج
امها لم يسقط احصانه عند ابي حنيفة وعندهما يسقط احصانه ولو وطي امراة بالنكاح
ثم تزوج ابنتها ودخل بها سقط احصانه الى هنا لفظه وانما لم يسقط احصانه حتى يحد قاذفه
عند ابي حنيفة لان كثيرا من الفقها لا يحرمون بهذا ويعتبرون النكاح صحيحا **قوله** ومن نفى
نسب

نسب غيره وقال لست لابيك فانه يحد هذا لفظ القدوري في مختصره قال الحاكم في الكافي
ان قال الرجل يا ولد الزنا او يا ابن الزنا ولست لابيك وامه حرة مسلمة فعليه الحد قال
بلغنا عن عبد الله ابن مسعود انه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل عن ابيه. اعلم انه
اذا قال يا ولد الزنا او يا ابن الزنا فقد نسب امه الى الزنا لان معناه ابيك زانية او زنت فولدت
بها بالزنا وكذلك معنى قوله لست لابيك وامك زانية او زنت فولدتك بالزنا فلما كان هذا في الحقيقة
قذفا للام يشترط ان تكون الام محصنة فان كانت محصنة حد القاذف والا فلا وهذا معنى قوله هذا
اذا كانت امه حرة مسلمة ولكن كان ينبغي ان يقول اذا كانت امه محصنة حتى يشتمل على جميع شرايط
الاحصان فان كانت الام ميتة محصنة يستحق المطالبة لمن ينشا ولهذا القذف كالوالد وان
علا والولد وان سفل فان قلت ينبغي ان لا يجب الحد على القاذف بقوله لست لابيك لان هذا اللفظ
مشتبه يجوز ان يراد به لست لابيك لان امك وطئت بشبهة او نكاح فاسد لا حد على من قذف من
وطي بشبهة او نكاح فاسد لانه يسقط احصان الواطي بذلك قلت انما وجب الحد لان الامة اجمعت
على صحة هذا القذف ووجوب الحد به لان الشتم انما يكون في عادات الناس بنفي النسب بالزنا
لا بغيره من الوطء بشبهة ونحوه فثبت ان معنى قوله لست لابيك وامك زانية فيحد القاذف
اذا كانت محصنة وهذا معنى قوله لان النسب انما ينفى عن الزاني لا عن غيره يعني ان القاذف
السب في قوله لست لابيك والنسب ليس بمقطوع في الوطء بشبهة النكاح فاسد بل النسب
ثابت من الوطي ثم الوطي اعم من ان يكون من الاب او غيره فعلم انه ما اراد به الوطء بشبهة
او نكاح فاسد بل اراد به الزنا لان النسب ينقطع عن الزاني لا عن غيره فكانه قال لست لابيك
الذي ولدت من مائه حقيقة لانك مقطوع النسب منه شرعا لانه زنا بامك ولا نسب
الى الزاني لان الولد للفراش وللعاهر الحجر فلما كان الواطي بامه الذي هو ابوه حقيقة لا شرعا
زانيا كانت امه زانية بموجب كلام القاذف فيكون قذفا للام فيحد ان كانت محصنة لكن
يشترط ان يكون قوله لست لابيك على سبيل الغضب والسباب وان كان من غير غضب فلا حد بدليل
مسئلة التي تلي هذه انما استقصينا في حل المسئلة لان تعليل صاحب الهداية كان يحتاج الى
الحل الثقيل والفهم عن تعليله ثم انما قيد بقوله لست لابيك لانه اذا قال لست لامك لا حد به

صرح في الصحة وذلك لانه صدق لان النسب الى الاباء لا الى الامهات **قوله** ومن قال
لغيره في غضب لست بابن فلان لابيه الذي يدعى به تحد ولو قال في غير غضب لا يحد والتقييد
بالغضب من خواص الجامع الصغير وفي بعض النسخ يدعى اليه اي ينسب اليه وهذا المروي في قول الا
عن عبد الله ابن مسعود انه قال لا حد الا في قذف محصنة او نفي رجل عن ابيه لكن في حالة الغضب
والسباب يتعين القذف فيصير قاذفا قالا انه يحب الحد في غير حالة الغضب يحتمل ان يراد به
المعاتبة والملامة اي لا يشبه اخلاقك اخلاق ابيك وبالاحتمال لا يجب الحد لتمكن الشبهة
قوله يراد به حقيقة اي يراد بقوله لست بابن فلان حقيقة وهي نفيه عن ابيه نسبا
لذاك شتماله **قوله** ولو قال لست بابن فلان يعني جده لم يحد وهذه من مسايل الجامع الصغير
المعادة اعلم انه اذا نسبه الى جده او نفاه عنه لا يحد **اما** في النسبة اليه فلان الجد
يسمى ابا مجازا واما في النفي عنه فلانه صادق في مقالته لانه ليس بابيه على الحقيقة
وبا في المجاز يصدق ولا حد على الصدق **قوله** ولو قال له يا ابن الزانية وامه ميتة
محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف وهذه مسئلة القدوري وانما قيد بكون الام
محصنة لان الحد لا يجب على قاذف غير المحصن لان الله تعالى يشرط الاحصان في الاية ثم
الاحصان يثبت باقرار القاذف او بالبينة والبينة رجلان او رجل وامراتان عندنا خلافا
لزفر فانه يشترط رجلين وقد مر بيانه قبيل باب حد الشرب فان انكر القاذف وعجز المقذوف عن
البينة لا يستحلف القاذف في القول قوله لان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يثبت
احصانها بالظاهر وانما كان المطالبة بالحد الى الابن لان القذف بعد الموت لحق الشين
بالابن فكان غرض المطالبة اليه لدفع العار عن نفسه **قوله** ولا يطالب بحد القذف للميت
الا من يقع القدح في نسبه وهو الوالد والولد وهذه مسئلة القدوري وفي الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقذف الرجل وهو ميت قال يأخذ بالحد الا الوالد والولد
قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير يعني الوالد والجد وان علا والولد وولد الولد
وان سفل وذلك لان الجد يسمى ابا وولد الولد يسمى ابنا وليس للاخ والاخت والعم ان يأخذ بالحد
وعند الشافعي يثبت المطالبة لكل وارث لان حد القذف للميت يطريق الارث عنده و
سيجيء بعد هذا عن قريب وعندنا يثبت حق المطالبة لمن يقع القدح في نسبه بطريق
الاصالة

الاصالة كانه هو المقذوف لا بطريق الارث لان حد القذف لدفع العار والعار انما
يتصل بالحي بقذف الميت اذا كان بينهما جزئية كالوالد والولد لا غير ولهذا صار الولد والوالد
بمنزلة شيء واحد حيث لا يجوز شهادة احدهما للآخر بخلاف شهادة الاخ للاخت وبالعكس
فانها جائزة ولهذا اقتصرت حرمة المصاهرة على قرابة الولاد دون سائر الاقارب فلما كان حق
المطالبة بطريق الاصالة بقرابة الولاد وكان الوارث وغير الوارث سواء وكذا الاقرب والابعد سواء
الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي ولو قذف ميتا وجب الحد على القاذف وللوالدين والمولودين ان يخاصموا
سواء كان الولد والوالد وارثا او لم يكن ولا يعتبر في ذلك الاقرب فالاقرب والابعد سواء في ذلك وان
عفا بعضهم فللباقين ان يخاصموا لان النقيصة تلحق بهم فاذا ما وجب الحق وجب لهم الا اذا كان
القاذف هو الوالد فقذف امراته وهي ميتة فليس للولد ان يخاصم اباه ولا للعبد ان يخاصم مولاه
وقال في الفتاوى الولوالجي يجوز للابعد من الوالدين المطالبة مع قيام الاقرب فيكون للابن الابن ان
يطالبه وان كان ابوه حيا لان القذف يتناول الكل فصار واسواء وعند ابن ابي ليلى يأخذ الاخ والاخت
ايضا بالحد كذا قال الحاكم وقال ايضا فان كان المقذوف حيا غائبا لم يكن لاحد من ولده ان يأخذه بالحد
وقال ابن ابي ليلى للغائب بمنزلة الميت فان مات قبل ان يرجع لم يأخذ به ايضا وان رجع فقدمه الى الحاكم
وضرب القاذف بعض الحد ثم غاب لم يتم الا وهو حاضر الى هنا لفظ الحاكم وانما لم يتم الا وهو حاضر
لان المطالبة شرط في كل **قوله** يقع القدح اي الطعن **قوله** لان العار يلتحق به اي بكل
واحد من الوالد والولد **قوله** متناولا له اي لكل واحد من الوالد والولد **قوله** على ما
نبين اي عند قوله ومن قذف غيره ومات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل **قوله** لما
ذكرنا اشارة الى قوله لان العار يلحق به **قوله** ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث
بالقتل اشارة الى قوله ليس بطريق الارث ايضاحا له اي لهذا المعنى الذي قلنا وهو ان ولاية
المطالبة بالحد لا بطريق الارث يثبت المطالبة بالحد لمن حرم الميراث بقتله وكذا يثبت المطالبة
في ظاهر الرواية لولد البنت وان لم يكن وارثا لانه من ذوي الارحام كما يثبت لولد الابن وروي عن محمد في
غير ظاهر الرواية كذا في شرح الطحاوي والمختلف انه ليس لولد البنت حق المطالبة لانه من قوم
اخرين وكذا يثبت المطالبة لابن الابن مع وجود الابن عندنا خلافا لزفر حتى اذا عفا الابن لا يسقط

شهادة [illegible]

حق ابن الابن وهذه المسائل الثلث اوردها ايضاحا والمعنى في الكل واحد وهو ان يثبت المطالبة لدفع العار عمن يتصل به العار بسبب الجزئية بطريق الاصالة لا بطريق الارث **قوله** اذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد ان يطالب بالحد هذا لفظ القدوري وهذا اذا كان المقذوف ميتا لانه اذا كان حيا ليس للابن ان يطالب بالحد وان كان المقذوف غايبا وانما لم يبين القدوري بالميت لان سياق كلامه في قذف الميت قبل هذا حيث ذكر ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه **اعلم** ان الولد الكافر او المملوك له ان يطالب بالحد اذا قذف امراة ميتة مسلمة لها ابن نصراني او مملوك وقال زفر ليس له ان يطالب بالحد لان القذف يتناول الابن من حيث المعنى لانه لحقه العار من قذف الميت فلو تناول القذف الابن صورة ومعنى بان قذفه انسان بالزنا ابتداء لا يجب الحد لعدم الاحصان لكفره او رقه فكذا هنا **ولنا** ان القذف انما يوجب الحد اذا كان قذف المحصن او المحصنة وقد وجد الشرط فيجب الحد ولا خلاف في المطالبة لان ولاية المطالبة لوقوع القدح في النسب وبالكفر لا ينقطع النسب بخلاف ما قاس عليه لانه لم يوجد شرط وجوب الحد لعدم الاحصان فيفسد القياس ولهذا قال في شرح الطحاوي لو كانت المقذوفة امراة نصرانية او مملوكة لها ولد حر مسلم لم يكن على قاذفها الحد لانه ما قذف المحصن **قوله** ولنا انه عيره اي القاذف عير الابن الكافر والمملوك وهو بالعين المهملة يقال عيره اي رماه بالعار **قوله** وليس للعبد ان يطالب مولاه بقذف امه الحرة هذا لفظ القدوري صورته قذف عبده وللعبد ام ميتة محصنة وذلك لان المولى لا يواخذ لعبده في ساير الحقوق ولهذا اذا قتله لا يقتل به فكذا لا يحد بعبده وعلى هذا قالوا ليس للولد المطالبة بالحد اذا كان القاذف اباه او جده وان علا او امه او جدته وان علت كذا قال الشيخ ابو نصر لما روي عن النبي صلى الله عليه لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده وكذلك ان قذف نفس الولد احد من المذكورين لا يجب الحد لان الولد مامور بتعظيم الابوين وممنوع عن اضرارهما ولهذا نهى عن التافيف والضرر في الحد اكثر من ضرر التافيف فيمنع عنه كما منع عن التافيف **قوله** ولو كان لها ابن من غيره له ان يطالب اي من غير القاذف صورته ما قال الحاكم في الكافي رجل قال لابنه يا ابن الزانية وامه ميتة ولها ابن من غيره فجاء يطلب الحد قال يضرب القاذف الحد فوجه ذلك ان سبب وجوب الحد وهو القذف قد تحقق لكن المانع عن اقامة الحد في حق الابن ولم يوجد المانع في

حق الحيم

حق الحيم وهو الابن فيجب الحد اذا طالبه وقال في الكافي ايضا وكذلك ان كان للميت المقذوف ابنان فصدقه احدهما كان للاخر ان ياخذه بالحد وعلل في الشامل لان بالتصديق خرج من كونه سببا في حقه فبقي سببا في حق الباقي وقال في الكافي ايضا وان لم يكن للمقذوف الا ابن واحد فصدقه في القذف ثم اراد ان ياخذه ليس له ذلك وقال ايضا وان كان له ابنان احدهما عبد او كافر فالعبد او الكافر ان يطالب بالحد حاضرا كان الاخر او غايبا **قوله** ومن قذف غيره ومات المقذوف بطل الحد هذه من مسايل الجامع الصغير وعند الشافعي لا يبطل بموت المقذوف وعلى هذا الخلاف اذا مات المقذوف بعدما اقيم عليه بعض الحد وذلك لان الارث انما يكون في المال او فيما يتصل بالمال كالكفالة او فيما ينقلب الى المال كالقصاص وحد القذف ليس بمال ولا متصل بالمال ولا منقلب الى المال فلا يجري فيه الارث ويبطل بالموت بخلاف ما اذا قذف الميت بعد الموت حيث يطالب بالحد لانه يثبت الحق للوارث ابتداء بطريق الاصالة لا بطريق الارث وفي شرح المسلم ان يقال في حد القذف حق الله تعالى وحق العبد بالاتفاق من حيث انه شرع نفعه عاما باخلاء العالم عن الفساد حق الله تعالى لانه ليس المراد في الخصومة ومن حيث ان فيه صيانة العرض ودفع العار عن المقذوف حق العبد ثم حق الله تعالى لا يجري فيه الارث ويجري فيه التداخل ولا يسقط بالاسقاط وحق العبد يجري فيه الارث ولا يجري فيه التداخل ويسقط بالاسقاط ثم ان الشافعي قال المغلب حق العبد فيجري فيه الارث ولا يتداخل بقذف الجماعة بكلمة واحدة او بقذف واحد مرارا ويسقط بالعفو والاسقاط وعندنا لا يورث ويتداخل ولا يصح العفو لان حد القذف لما كان فيه حقان قلنا بتغليب حق الله تعالى لان العبد محتاج والله تعالى غني عن عباده فحق العبد صار اولى لدفع حاجته **ولنا** ان المغلب فيه حق الله تعالى لان اخلاء العالم عن الفساد حق الله تعالى وليس فيه حق العبد وصيانة العرض حق العبد وفيها حق الله تعالى ايضا لان في النفس حقين حق الاستعباد لله تعالى وحق الانتفاع للعبد فاذا كان كذلك كان حق الله تعالى في حد القذف من جهتين وحق العبد من جهة فيكون المغلب فيه حق الله تعالى والمرجوح في مقابلة الراجح كالعدم ولانا للعبد المولى وما للمولى لا يكون للعبد الا بانابة المولى فثبت ان المغلب حق الله تعالى وبان ذلك ان المغلب حق الله تعالى ان حد القذف يتنصف بالرق

بالاتفاق لحد الزنا يتنصف بالرق فلو كان المغلب حق العبد لم يتنصف لان حقوق العباد
شرعت للجبر ولنفع العباد فلا تختلف باختلاف من تجب عليه كالضمانات وغيرها فلما كان
المغلب فيه حق الله تعالى لا يورث ولم يصح العفو وتداخل فان قلت يرد عليكم خصومة
العبد قلت لا نسلم لانا نقول سلمنا انها شرط في اقامة الحد لكن لا نسلم انها
تدل على ان حق العبد غالب فان قلت يرد عليكم التقادم فان حد القذف لا
يسقط به وحد الزنا يسقط قلت انما يسقط حد الزنا بالتقادم للتهمة وهي
منعدمة هنا لتوقف الشهادة على دعوى المقذوف فان قلت اذا صدقه المقذوف
سقط قلت لا نسلم انه يسقط بعد الوجوب لانه لا ينعقد القذف حينئذ موجبا للحد وليس
كذلك العفو فانه اسقاط بعد الوجوب فان قلت يرد عليكم القصاص فان فيه حق الله تعالى
لان فيه اخلاء العالم عن الفساد وحق العبد لتشفي الصدر به ومع هذا يصح عفو الولي قلت
القصاص يجوز ان ينقلب مالا بالصلح او بجزم الابوة والحد لا ينقلب مالا اصلا فظهر الفرق
فان قلت ما ذكرتم تعليل في مقابلة النص وهو فاسد لانه تعالى قال والذين يرمون المحصنات الاية
ولم يفصل بين ما اذا مات المقذوف او لم يمت قلت خصومة المقذوف شرط بالاجماع فتعذر
بعد الموت فان قلت يورث ارثه مناب بطريق الارث قلت الارث انما يجري في المال الذي
لا يبقى غيره والحد ليس في معنى المال ولهذا لا يورث حيوته وعلمه وقدرته وساير صفاته
ويكفيك هذا القدر ان كنت عاقلا ستبدي لك الايام ما كنت جاهلا قوله
ولو مات اي المقذوف قوله يورث اي حد القذف عنده اي عند الشافعي قوله ولا
خلاف في اي في حد القذف قوله ما له التغليب حق العبد قال البزدوي يقال اغلب الرجل على فلان
اذا حكم له بالتغلب قوله ولا يصح عفو المقذوف عندنا قال في الشامل في قسم المبسوط لا يصح
عفو المقذوف الا ان يقول لم يقذفني او كذب الشهود لانه حق الله تعالى الا ان خصومته شرط ثم قال
وعن ابي يوسف والشافعي يصح العفو قوله ومن اصحابنا من قال ان الغالب فيه حق العبد اراد
صدر الاسلام البزدوي فانه ذكر في المبسوط ان المغلب فيه حق العبد وهو محجوج بما حققناه انفا
بعونه تعالى قال ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي الظاهر من مذهب محمد في بعض المواضع ان حد القذف
من

من حقوق الناس والطلق في بعضها انه من حقوق الله تعالى والعبارتان صحيحتان اما قولنا انه من
حقوق الناس فانما اراد ان المطالبة به من حقه لما لحقه من الشين بقذفه وتناوله من عرضه ولو لم
يطالب لم يحد وقولنا انه من حقوق الله تعالى اراد به نفس الحد لا المطالبة لان الآخر كالوكيل
بالبيع يطالب ويملك الثمن للآمر وكذلك المشتري اذا كان وكيلا فان قبض العبد اليه والملك للآمر
قوله والاول اظهر اي كون حق الله تعالى مغلبا اظهر من كون حق العبد مغلبا وعليه
الاول عامة المشايخ قوله ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه وهذه مسئلة القدوري
اعلم ان الرجوع بعد الاقرار في الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة
يصح لعدم المكذب لقيام حق القذف وفيه الخصام لا يصح الرجوع بعد الاقرار لوجود المكذب
وهو العبد ولا نجيز ان لحوق الشين بغيره ثم اذا رجع يكون ذلك ابطالا او اسقاطا لحق الغير فلا
يقبل ومن قال لعربي يا نبطي لم يحد وهذا ايضا لفظ القدوري قال الحاكم في الكافي وان قال لعربي
يا نبطي او لست بعربي فلا حد عليه الا ترى انه لو قال يا رستاقي لم يكن عليه شيء وقال ابن ابي
ليلى اذا قال لعربي يا نبطي او قال لست من بني فلان لقبيلته التي هو منها فعليه الحد الى هنا لفظه
وجه قوله انه نسبه الى غير ابيه فصار كما اذا قال لست لابيك ولنا ان القذف ليس يراد به
القذف بهذا اللفظ وانما يراد به التشبيه في الاخلاق من حيث الخساسة والجلافة في
عدم الفصاحة فكانه قال انت من حيث الجلافة كالنبطي او من حيث عدم الفصاحة
اشبه النبطي او جنت نصارى كما اذا قال يا رستاقي قال في شرح الطحاوي ومن قال لعربي يا نبطي
يا عجمي لم يحد لانه لم يقذفه وانما نسبه الى غير بلده كما اذا قال للبلدي يا رستاقي قال في ديوان
الادب النبط قوم ينزلون سواد العراق قال الفرزدق في هجو طريح
نبط اهل حوران يقضهم ومن اهل عين التمر كانت شطوطها وفسر الفقيه ابو الليث النبطي
برجل من غير العرب في كتاب العتاق من شرح الجامع الصغير وذكر عبد الله بن احمد المالقي
في تفسير المقالة الثالثة من كتاب ديسقوريدس في بلاد الجرامقة هي بلاد النبط وهي بلاد
الموصل والجزيرة فيما وصفه بعض المؤرخين الى هنا لفظه قوله ومن قال لرجل يا ابن ماء
السماء فليس بقاذف وهذا لفظ القدوري في مختصره قال الحاكم في الكافي وان قال له يا ابن مزيقيا

او يا ابن ماء السماء او يا ابن جلا فلا حد عليه لانه كلام الناس وليس على سبيل القذف هذا
لفظه يعني ان الناس يذكرون هذه الالفاظ على سبيل المدح لا على سبيل السب والحذا اما
مزيقيا فهو من ملوك غسان واسمه **عمرو ابن عامر** وهو ماء السما ابن حارثه الغطريف ابن
امرء القيس ابن ثعلبة بن مازن بن الازد وقد خرج مزيقيا من اليمن حين احسوا بسيل العرم وانما
سمي مزيقيا لانه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما ويكره ان يعود فيهما ويكره ان
يلبسهما غيره **واما** عامر وهو ابو مزيقيا فانما سمي ماء السماء لانه في القحط اقام
ماله مقام القطر وكان غياثا لقومه مثل ما السماء للارض وكانت ام المنذر ابن امرء القيس
ايضا تسمى ماء السماء لجمالها وحسنها وابو ماعوف ابن جشم ابن مزيقيا هو الذي ذكره حسان
في قوله اولاد جفنة حول قبر ابيهم قبر ابن مارية الكريم المفضل يسقون من ورد البريص عليهم
بردى يصفق بالرحيق السلسل وجفنة هو ثعلبة العنقاء وسمي العنقاء لطول عنقه ومارية
بنت ظالم بن وهب ابن الحارث معاوية بن ثور بن كندة وهي التي يضرب بها المثل ويقال خذه
ولو بقرطي مارية وكان لقومه قرطاها باربعين الف دينار وكانت اعظم الناس قدرا واكثر الناس
مالا وكان اعظم ما في الكعبة من الجوهر الدر الذي كان لها كذا قال ابو عمرو الشيباني وابن الكلبي و
المبرد والقتبي دخل كلام بعضهم في بعض والبريص موضع بدمشق وليس بالعربي الصحيح وقد
تكلمت به العرب كذا قاله ابن دريد وبردى نهر دمشق يصفق يمزج والسلسل العذب
السهل الدخول في الحلق قال ابن الكلبي غسان اسم ماء وردوه لما تفرقوا ايام سيل العرم
فمن شرب منه من ذلك الماء نسب الى غسان ومن لم يشرب منه لم ينسب الى غسان وقال حسان
ان بنت اما سالت فانا معشر نجب الازد نسبتنا والماء غسان واما ابن جلا فقد
قال سيبويه جلا ههنا فعل ماض كانه يعني انا ابن الذي جلا اي اوضح وكشف يعني انا المشهور
المكشوف الامر ظاهر لا اخفا قال سحيم انا ابن جلا وطلاع الثنايا متى اضع العمامة تعرفوني
وقال القلاخ انا القلاخ ابن جناب ابن جلا ابو خناثير اقود الجملا وخناثير دواهي وخنا
ايضا **قوله** وان نسبه الى عمه او خاله او الى زوج امه فليس بقاذف هذا لفظ القدوري في
مختصره اعلم انه اذا قال لاخر انت ابن فلان واراد بفلان عمه او خاله او زوج امه لا يكون

يكون تدنا

ترجمة ماء السما وابنه مزيقيا

وجفنة ع

انا ابن جلا البيت لسحيم

قدنا و لا تحد لان كل واحد منهم يسمى ابا اما العم فلان الله تعالى قال ام كنتم شهدا اذ حضر
يعقوب الموت اذ قال لبنيه ما تعبدون من بعدي قالوا نعبد الهك واله ابائك ابراهيم و
اسمعيل واسحق وكان اسمعيل عما ليعقوب ابن اسحق عليهم السلام وقد سماه الله تعالى ابا واما
الخال فلقوله تعالى ورفع ابويه على العرش قال في التيسير قيل هما ابوه وخالته ماتت امه
تزوجها فلما جاز ان يسمى الخالة ابا جاز ان يسمى الخال ابا وقال ابو الليث في شرح الجامع الصغير وفي بعض الاخبار
ان الخال والد واما زوج الام فلقوله تعالى ان ابني من اهلي جاء في احد التاويلين في الكشاف انه
كان ربيبه ولان زوج الام يقوم عليه بالتربية قيام الاباء فجاز ان يسمى ابا مجازا فلما صح
اطلاق اسم الاب على كل واحد منهم لم يجب الحد بالنسبة اليهم **قوله** اما الاول اراد به العم **قوله**
عمه اي ليعقوب **قوله** والثاني اي الخال والثالث اي زوج الام **قوله** ومن قال لغيره زنات
في الجبل وقال عنيت صعود الجبل حد وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في رجل قال لرجل زنات في الجبل ثم قال عنيت الصعود على الجبل قال يحد قال محمد
لا يحد لان الزنا بالهمز الصعود حقيقة وقد اراد حقيقة كلامه فيصدق ولا يحد قال في الجمهرة
وغيرها زنا في الجبل بالهمز يزنا زنا اي صعد وجاء زنا بغير همز ايضا بمعنى صعد حقيقة كما
جاء في شعر العرب وارقى الى الخيرات زنا في الجبل واحتج بهذا البيت جميع اهل اللغة في كتبهم
وسيجي شرح البيت بعد فراغنا عن بيان المسئلة ولابي حنيفة وابي يوسف ان الزنا بالهمز
حقيقته في الصعود ولكن يجوز ان يستعمل في ارادة الفاحشة مهموزا ايضا لانه يجوز في
لغة العرب ابدال الهمزة من الياء كما في قولهم قطع الله اديه اي يديه فيجوز على هذا ان
يكون زنات في الجبل مهموزا مبدلا من زنيت بالياء وحالة الغضب والسباب تعين ذلك المراد كما اذا
قال يا زاني بالهمز واكتفى على قوله زنات بدون قوله في الجبل حيث يجب الحد قال فخر الاسلام
في شرح الجامع الصغير قوله في الجبل لا يحتمل الصعود لانه يقال زنا فيه انما يقال زنا عليه كما
قال الشاعر لانه ان الحارث ابن حلزة زنا على ابيه ثم قتله **فاقول** لا نسلم لانه لا يقال زنا فيه
لما قال فخر الاسلام على اللغة ولا ينفع لان زنا بالهمزة لم يسمع في قوانين اللغة الا بلفظ في لا
بلفظ على كما في قوله زنات في الجبل اما قوله زنا على ابيه فليس مما نحن فيه لانه ما نحن فيه المهموز اللازم

بلفظي

وما اخرج به لبس بمحفوظ من مزيد الثلاثي من باب التفعيل بمعنى زناء على ابيه اي ضيق عليه و
البيت مشهور في اصلاح المنطق وما بعد البيت ودب الشادخة المحلة وكان في جاراته لا عهد له
فاي ابن سبعي لا نعله والابيات لابن العتيق اخو بني سلمة يهجو بها الحارث ابن جبل الغساني و
الشادخة الفعلة القبيحة التي يشدخ فاعلها يريد انها ركب امرا واضحا في القبح والمحلة
المشهورة التي لا خفا بها وقوله لا يا من جاراته على نفوسهن منه ثم يرجع الى بيان قوله وارق الى الخيرات
قال ابن السكيت قالت امراة من العرب ترقص ابنا لها اشبه ابا امك او اشبه عمل ولا تكونن كهلوف
وكل يضحي في مضجعه قد انجدل وارق الى الخيرات زناء في الجبل قال في كتاب الزبرج شرح الاصلاح
الابيات لها مراة واظنها لرجل راى ابنا له ترقصه امه فاخذ من يدها وقال اشبه ابا امك
يخاطب ابنه وكان ابو امه شريفا سيدا يقول اشبه ابا امك او اشبه علي ابي بكر مثل انه امك
اذ مثلي ولا تخا ورنا في التشبه الى غيرنا وحذف بالاضافة من على للضرورة وهذا الرجل قيس
ابن عاصم المنقري وام ذلك الصبي منفوسة بنت زيد الفوارس ابن ضرار الصبي فاخذته امه بعد
ذلك فجعلت ترقصه وتقول اشبه اخي او اشبهن ابا كا اما ابي فلن تنال ذا كا تقصر عن نيله يداكا
والهلوف الثقيل الجافي الذي لا خير فيه والوكل الذي يتكل على غيره فيما يحتاج اليه والمنجدل
بالدال المهملة الممتد على الارض يريد انه لا يستيقظ حتى يصبح وقوله وارق الى الخيرات يقول
بادر الى فعل الخير لسترتفع بذلك وترك حالة زنا الموتي في الجبل **قوله** وذكر الجبل تقرره مرادا
اي تقرر الصعود مرادا من قوله زنات في الجبل ولقايل ان يقول لا نسلم لان الزنا الذي
هو الفاحشة قد يقع في الجبل ايضا **قوله** من تهمز الملين كما خلي يا زوشمة بالهمز في يا زد شمه بالالف
والياء وللابدال باب في التصريف يعرفه الباقي ثم فاذا كان ابدال الهمزة جايزا من الياء جاز ان
يكون المراد من زنات في الجبل بالهمزة زنيت بالياء **قوله** وذكر الجبل انما تعين الصعود مرادا
اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيما بين المفرد بكلمة على اذ هو المستعمل في الصعود و
هذا وقع جوابا لما قال المجتهد بقوله وذكر الجبل تقرر مرادا انما قال ذكر الجبل انما تعين الصعود
مرادا اذا كان زنا مقرونا بكلمة على لا بكلمة في لان المستعمل في معنى الصعود ان يقال زنا عليه لا
زنا فيه هذا هو حاصل كلامه وهذا عكس ما ثبت في قوانين اللغة لانه لم يسمع في معنى الصعود
زنا عليه

زنا عليه اصلا بل يقال زنا فيه وقد مر قبيل هذا ولا نسلم ايضا تعين الصعود مرادا بقران
كلمة على الجواز ارادة الفاحشة ايضا لانه يصح ان يقع فعل الفاحشة فوق الجبل او التل
او السطح فيقال زنيت على الجبل او زنيت على التل او على السطح ثم تبدل الهمزة من الياء
فلو صح استعمال زنا عليه لجاز ارادة من زنا فيه لان في يجي بمعنى على كما في قوله تعالى ولاصلبنكم في
جذوع النخل **قوله** ولو قال زنات على الجبل قيل لا يحد يعني اختلف المشايخ في قوله زنات
على الجبل قال بعضهم لا يحد لتعين الصعود مرادا بدلالة على وهو المراد بقوله لما قلنا وقال
بعضهم يحد لان حالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا وهو المراد بقوله للمعنى الذي ذكرناه
وفي بعض النسخ للمعين الذي ذكرناه على صيغة اسم الفاعل من التعيين اي المعين المراد وكلاهما
جايز والمذهب عندي ان كان خرج بعد الكلام على وجه الغضب والسباب يحد لدلالة الحال
على ذلك اذ لا يكون صعود الجبل سبا والا فلا للاحتمال والحد لا يجب بالاحتمال **قوله** ومن
قال لاخر يا زاني فقال لا بل انت فانهما يحدان وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وذلك
لان كل واحد منهما قذف صاحبه وهو محصن اما قذف الاول فظاهر لانه صرح بالزنا وكذا قذف الثاني
لان كلمة بل من الحروف العاطفة موضوعة للاضراب عن الاول والاثبات للثاني فيكون المذكور في
الاول خبرا لما بعد بل كما اذا قلت جاني زيد بل عمرو وكان معناه بل جاني عمرو فكذا هنا يكون
معناه بل انت زان فيكون كل واحد منهما قاذفا فيجب على الحد فان قلت التصريح بالزنا او
النفي عن الاب شرط في ايجاب الحد لم يوجد التصريح من الثاني لانه اخرج كلامه مخرج
الكناية فكيف وجب عليه الحد قلت لا نسلم انه لم يوجد التصريح اذ يفهم الزنا في اول الوهلة
اذا قال بل انت في جواب قوله يا زاني كما اذا صرح به لان الجواب يتضمن اعادة ما في السؤال
فيصير مثل التصريح سواء فان قلت اذا كان كل واحد منهما قاذفا لصاحبه ينبغي ان يكون
قصاصا ولا يجب الحد قلت في حد القذف حق الله تعالى وهو الاغلب فاذا جعل احد الحدين قصاصا
يلزم اسقاط حق الله تعالى فلا تجوز لذلك ولهذا لم يجز عفو المقذوف قال صاحب الهداية في التعليل
لان معناه بل انت زان اذ هي كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور في
الاول مذكورا فيه اي في قوله بل انت واراد بقوله في الاول قوله يا زاني وفيه نظر لان المذكور في

مثل قوله يا زاني في مقام النداء لا يسمى خبرا فلو قال فيصير المذكور في الاول خبرا فيه كان اولى
وقال بعضهم في شرحه لعل يايان قوله فيصير الخبر المذكور في الاول اي الجزاء المذكور في الاول
وهذا اشنع واقبح لان احدا لم يسم المنادى جزاء **قوله** ومن قال لامراته يا زانية
فقالت لا بل انت حدت المراة ولا لعان وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وذلك لان
قذف الرجل امراته يوجب اللعان وقذف المراة زوجها يوجب الحد وقد اجتمعا جميعا
فلا بد من البداية باحدهما فيبدا بحد المراة درا للحد لان اللعان قايم مقام حد القذف في
حق الرجل ومقام حد الزنا في حق المراة ويسقط حينيذ بيانه اذا بدانا باللعان لا يسقط
الحد عن المراة لان الرجل لا يخرج باللعان عن ان يكون عفيفا عن فعل الزنا واذا بدانا بحد المراة
يسقط اللعان لان اللعان شهادة وقد بطلت شهادة المراة بحدها لقوله تعالى ولا يقبلوا لهم
شهادة ابدا فيبدا بحد المراة درا للعان والذي قام مقام الحد ونظير هذا ما ذكره في شرح
الطحاوي فيمن قال لامراته يا زانية بنت الزانية فخاصمت الام اولا فحد الرجل سقط اللعان لانه
بطلت شهادة الرجل ولو خاصمت المراة الاولى فلاعن القاضي بينهما ثم خاصمت الام يحد الرجل
حد القذف **قوله** والابطال في عكسه يعني اذا قدم اللعان لا يبطل حد القذف عن المراة وقد
بينا للدرء اي لدرء اللعان **قوله** واذا قال زنيت بك فلا حد ولا لعان وهذه من مسايل الجامع
الصغير المعادة يعني واذا قالت المراة زنيت بك في جواب قول الرجل يا زانية ولم يذكر
صاحب الهداية القياس والاستحسان كما ذكر في الكتب المنسحبة شرح الجامع الصغير والفقيه
ابو الليث ذكرهما في شرحه قال الحاكم في باب اللعان من مختصر الكافي وان قال لها يا زانية
فقالت زنيت بك لم يكن بينهما حد ولا لعان استحسانا وكان القياس ان يلاعنها لان هذا ليس
تصديق منها له لان المراة لا تزني بزوجها الى هنا لفظه وجه الاستحسان ان الشك وقع في
وجوب كل واحد من اللعان والحد فلا تجب بالشك لان المراة من قولها زنيت بك لا تخلو اما ان يكون
قبل النكاح او بعده فان كان قبل النكاح يجب الحد على المراة ويبطل اللعان اما وجوب الحد
على المراة فلانها قذفت الرجل بالزنا بقولها زنيت بك واما بطلان اللعان ... فلانها لما صدقت
الرجل باقرارها بالزنا بطل احصانها فلم يجب الحد على قاذفها واللعان قايم مقام حد القذف في حق
الرجل وان كان

وان كان بعد النكاح على معنى ان زناي هو الذي وجد مني من المجامعة معك بعد النكاح يجب
لم يقربني احد غيرك ومثل هذا يتعاد في بين الناس في مثل هذه الحالة فلا يجب الحد على المراة
لانها ما قذفت الرجل لان الزنا مع الزوج لا يتصور بعد النكاح ويجب اللعان لان الزوج
قذف امراته المحصنة ففي حال وجب الحد ولم يجب اللعان وفي حال وجب اللعان ولم يجب
الحد فقد وقع الشك في كل واحد منهما فلم يجب بالشك لا هذا ولا ذاك **قوله** لوقوع الشك دليل
قوله فلا حد ولا لعان منهما اي من الحد واللعان **قوله** فيجب الحد دون اللعان اي حد القذف
على المراة **قوله** لتصديقها اياه اي لتصديق المراة زوجها **قوله** وانعدامه منه اي ولانعدام
التصديق من الزوج **قوله** زناي ما كان معك والخطاب للزوج اي زناي هو الذي وجد
معك يعني ان كان الزنا موجودا مني بذلك الفعل الذي وجد مني معك بعد النكاح والا فلا في مثل
هذه الحالة اي في حال سب الرجل امراته بالزنا **قوله** منه اي من الزوج وعدمه اي عدم
القذف منها اي من المراة **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لا حد ولا لعان **قوله**
ومن اقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل له امراة جاءت بولد فقال ليس هو بابني ثم قال
هو ابني قال نضربه الحد فان قال هو ابني ثم قال ليس بابني قال يلاعن والولد ولده اعلم انه
اذا نفى ولده فان قال ليس هو بابني فيكون قاذفا لامه ويجب اللعان لان معناه ان امه زنت
فولدته من الزنا وكل قذف يوجب الحد في قذف الاجنبي يوجب اللعان في قذف الزوج لان
الاصل في قذف المحصنات هو حد القذف لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة
شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة لكن اللعان شرع عند تكاذب الزوجين فاذا اكذب الزوج
نفسه بعد التكاذب فيصير الى الاصل الذي هو الحد والدليل على انه هو الاصل ما روي في
حديث هلال ابن امية انه قال حين اتى رسول الله صلى الله عليه لو ان رجلا وجد مع
امراته رجلا فتكلم به جلدتموه او قتل قتلتموه او سكت سكت على غيظ فقال عليه السلام
اللهم افتح واجعل يدعوا فنزلت اية اللعان والذين يرمون ازواجهم ولم يكن لهم شهداء الا انفسهم الاية
فعلم بهذا ان حكم الحد كان ثابتا قبل حكم اللعان اما اذا قال هو ابني ثم قال ليس هو بابني فحد

اللعان لانه لم يوجد هنا الكذاب النفس ولا بقاء اللعان المقصود كان نفي الولد ولا ينتفي الولد ههنا
لاقراره السابق فينبغي انه لا تجري اللعان لانا نقول ليس من ضرورة اللعان قطع النسب ولهذا
يوجد اللعان بلا قطع النسب بان قال لامراته يا زانية وليس ثمه قطع النسب والولد ولده
في الوجهين سواء تقدم الاقرار او النفي لان النسب لازم على الزوج باقراره على التقديرين
قوله لا بد من ضرورة يصير اليه ضرورة التكاذب ولفظ فخر الاسلام في شرح الجامع
الصغير لان اللعان حد ضروري يصير اليه عند التكاذب واراد بالتكاذب تكاذب الزوجين
لان كل واحد منهما كاذب في زعم صاحبه لان زعم الزوج انها كاذبة في انكار الزنا وان زعم
الزوجة انه كاذب في القذف بالزنا ولهذا اذا اقرت المراة بالزنا لا يجري اللعان لعدم التكاذب
فكذا اذا اكذب الزوج نفسه لعدم التكاذب **قوله** لاقراره به سابقا او لاحقا اي الاقرار
الزوج بالولد سابقا على النفي فيما اذا اقر بالولد ثم نفاه ولاحقا بالنفي فيما اذا نفاه ثم
اقر به **قوله** واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد يعني انه اذا نفى ولده بعد
تطاول مدة الولادة يصح اللعان مع عدم قطع النسب كما يصح اللعان بدون النفي الولد اصلا
كما اذا قال لامراته يا زانية ذكره جوابا عما يقال ان المقصود من قوله ليس بابني قطع النسب ولم ينقطع
النسب بسبب الاقرار فكان ينبغي ان لا تجب اللعان فاجاب عنه بهذا تحقيقه ان اللعان لا يستلزم قطع
النسب لا محالة فلا يلزم من انتفائه انتفاء اللعان وانما وجوب اللعان بسبب قذف الزوج
بالزنا وهو حاصل لان معنى قوله ليس هو بابني ان امه التي هي زوجتي زانية فلو قال لامه
انت زانية يجب اللعان فكذا هنا **قوله** وان قال ليس بابني ولا بابنك فلا حد ولا لعان
وهذا ايضا مسئلة الجامع الصغير وذلك لانه لما قال ليس ليس بابنك انكر الولادة الولد
عنها اصلا ودل المعنى للزنا لانه اذا لم يكن منها كيف يتصور ان يتولد بزناها واذا انتفى الزنا
انتفى القذف فلا يجب الحد ولا اللعان لعدم القذف **قوله** وهو لا يصير قاذفا اي وبالانكار
لا يصير قاذفا فلا ثمه **قوله** ومن قذف امراة معها اولاد لا يعرف لهم اب او قذف الملاعنة
بولد والولد حي او قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في امراة تقدم من بعض البلدان ومعها اولاد لا يعرف لهم اب فقال لها رجل يا زانية
قال لا حد عليه وهذه من الخواص وانما لم يجب الحد على قاذفها لان الحد يجب على قاذف المحصنات
بالنص

بالنص وهذه المراة لم يثبت احصانها لوجود علامة الزنا منها وهي وجود ولد بلا نسب
فصار شبهة والحدود يندرئ بالشبهات وقال ايضا عن ابي حنيفة في رجل لاعن
امراته بولد ثم قذفها انسان قال لا حد عليه وان كان قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه
ايضا وموت الولد من الخواص قال الحاكم في الكافي وان لاعنها بولد ثم قذفها هو او غيره فلا
حد عليه اعلم انه اذا قذف الملاعنة بولد والحال حيوة الولد لا يحد لانها خرجت من ان يكون محصنة
لكونها في صورة الزانيات لوجود ولد منها لا اب له لا نه ولدها مقطوع النسب من الاب
باللعان وشرط وجوب الحد كون المقذوفة محصنة فلم يوجد الشرط فلم يحد وكذا اذا قذفها
انسان بعد موت ولدها لا يحد لان معنى المسقط للحد باق وهو علامة الزنا بولد منها لا نسب له
ولدها بعد موته لم يثبت نسبه من احد قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي فان ادعى الزوج الولد
فجلد الحد الزمه الولد ثم قذفها قاذف فعليه الحد لانها خرجت من ان يكون في صورة الزانيات
حتى يثبت نسب ولدها من الزوج ولا حد على من كان قذفها قبل ذلك لان حال وجود السبب للحد
معتبر لا محالة وقد كانت عند القذف في صورة الزانيات ولو ادعى الولد ثم مات قبل ان يحد
الولد منه بالدعوة وضرب من قذف المراة بعد ذلك لو قامت البينة على الزوج انه ادعاه
وهو ينكر بين النسب منه ويضرب الحد لان الثابت بالبينة عليه كالثابت باقراره فمن قذفها
بعد ذلك ضرب الحد لانها خرجت من ان يكون في صورة الزانيات فاذا قذف الرجل امراته فرافعته
واقامت شاهدين انه اكذب نفسه يجب عليه الحد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم او المعاينة
وهذه المسايل كتبناها لتكثير الفوايد **قوله** قذف الملاعنة بولد اي بسبب نفي الولد والرواية بفتح
العين سماعا ويجوز الكسر ايضا على معنى انها لوعنت او لاعنت بسبب نفي الولد وهذا لان باب
المفاعلة موضوع لنسبة اصل الفعل الى احد الامرين متعلقا بالاخر للمشاركة فاذا شارك
زيد عمروا يكون عمرو ايضا مشاركا له الا ان زيدا لما وقع فاعلا صريحا وقع مفعولا ضمنا لان
عمروا وقع فاعلا ضمنا وكذا هنا جاز ان يقع نسبة الفعل الى الزوج صريحا فيكون المراة ملاعنة
بالفتح حينئذ وجاز ان يقع نسبة المراة صريحا فيكون المراة ملاعنة بالكسر والزوج ملاعنا بالفتح
فافهم اعلم ان الملاعنة بولد لا يحد قاذفها في ظاهر الرواية بلا خلاف بين اصحابنا وقال في
شرح الاقطع قال ابو يوسف يحد لانها محصنة قبل لعان الزوج فلا يصدق الزوج في اسقاط احصانها

بقوله ولعانه فيبقى على احصانها وتحد قاذفها حال لو لاعنها بغير ولد ووجه الظاهر من انها
قوله نظرا اليها اي الى امارة الزنا قوله وهي شرط اي العفة شرط وجوب حد
القذف ولم يوجد العفة عن الزنا من المراة لوجود امارة الزنا وقد مر البيان قوله
ولو قذف امراة لاعنت بغير ولد فعليه الحد وهذه من المسايل المعادة في الجامع الصغير قال
الحاكم واذا لاعن الرجل امراته بغير ولد ثم قذفها هو او غيره فعليه الحد وقال في شرح الطحاوي
لو لاعن بغير الولد او مع الولد الا انه لم ينقطع النسب او قطع النسب الا ان الزوج عاد واكذب نفسه
والحق النسب بالاب فقذف رجل المراة فانه يجب الحد على قاذفها وانما وجب الحد على القاذف في هذه
الصورة لان احصان المراة لم يسقط بقذف الزوج بل صار اللعان مؤكدا لعفتها عن الزنا لانه
شرع دفعا لعار تهمة الزنا عنها وانعدم امارة الزنا وهي قيام ولد لا نسب له لان الولد ليس بموجود في
الاولى وفي الثانية موجود لكن لم ينقطع نسبه لتطاول المدة وفي الثالثة الحق النسب بالاب بالاكذاب
قوله لانعدام امارة الزنا وامارة الزنا قيام ولد لا اب له ولا ولد هنا فان قلت اللعان قايم
مقام حد الزنا في حقها فيكون امارة الزنا ظاهرة فينبغي ان لا يحد قاذفها قلت معنى قولهم اللعان
قايم مقام حد الزنا في حقها ان الزنا لو ثبت منها لحدت لكن لما لم يجب لم تحد المراة حد الزنا ولم يحد
الزوج حد القذف فاجري اللعان بينهما مقام ذلك مقام حد الزنا في حقها ومقام حد القذف في حقه فبابه
اللعان من هذا الوجه حيث لم يحد احد منهما وليس معناه ان اللعان كاجراء الحد الا ترى ان
التفريق بينهما انما وقع باعتبار انها محصنة لانها لو لم يعتبر محصنة لم يجر اللعان بينهما اصلا
فاذن تاكد باللعان احصانها فكان لا يسقط الاحصان بما تاكد به قال بعضهم في شرحه في جواب هذا
السوال اللعان قايم مقام حد القذف في حقه وبالنظر الى هذا الوجه يكون المراة محصنة فتعارض
الوجهان فتساقطا فبقي القذف سالما عن المعارض فيوجب الحد على القاذف ولقايل ان يقول اذا كانت
محصنة من وجه يكون شبهة في اسقاط الحد عن قاذفها لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة فينبغي
على هذا ان لا يجب الحد على القاذف فعلم ان ما قاله ضعيف جدا وقال ايضا وجدت بخط شيخي يعني
حافظ الدين الكبير البخاري في جواب هذه الشبهة ان اللعان في جانبها قايم مقام حد الزنا لكن بالنسبة
الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها هذا لفظه
قلت

قلت اذا كانت هي محصنة بالنسبة الى غير الزوج غير محصنة بالنسبة الى الزوج ينبغي ان لا يحد الزوج
لكن يحد عليه نص الحاكم وقد رويناه انفا فعلم ان هذا الجواب ضعيف ايضا قوله قال ومن وطي وطيا
حراما في غير ملكه لم يحد قاذفه اي قال القدوري في مختصره وانما لم يحد القاذف لان شرط
وجوب الحد على القاذف احصان المقذوف ولم يوجد الشرط لانعدام العفة عن الزنا ولان
القاذف صادق في قذفه لان المقذوف وطي ما لا يحل له فلا يحد القاذف على الصدق وانما يحد على
الكذب ولم يذكر القدوري ما اذا وطي وطيا حراما في ملكه فنبينه ان شاء الله تعالى والاصل الكلي
هنا ان الوطء اذا كان حراما لعينه فلا يحد قاذف الواطي وان كان حراما لغيره يحد القاذف
والحرام لعينه كما اذا وجد الوطء في غير الملك من كل وجه وصورته ظاهرة او من وجه كما اذا وطي
جارية مشتركة بينه وبين غيره وهذا الوطء حرام لعينه لوقوعه زنا لان الوطء حصل في غير
الملك الا انه لا يجب الحد الزنا على واطي الجارية المشتركة للشبهة وكذا لو كان حراما لعينه اذا وقع
في الملك اذا كانت حرمة الوطء مؤبدة كما اذا وطي امته التي هي اخته من الرضاع او وطي جاريته التي و
طيها ابوه بعد ملك اليمين او بالشرط وهذا لان الوطء محرم على التابيد وصار كالزنا فلم يحد القاذف
والحرام لغيره كما اذا كانت حرمة الوطء موقتة مثل ان يطا امراته الحايض او النفسا او جاريته المجوسية
او الامة المزوجة او المكاتبة او الحرة التي ظاهر منها او محرمة فوطي امراته الصايمة ففي هذه الصور يحد
القاذف لان الحرمة عارضة في الملك على شرف الزوال فلا يكون الوطء زنا ولا خلاف فيها بين اصحابنا
الا في المكاتبة فانه قال ابو يوسف في احدى الروايتين عنه اذا وطيها يسقط الاحصان ولا يحد القاذف
وهو قول زفر لان المولى ليس له ان يطاها ولهذا اذا وطيها يجب عليه العقر ولهما ان ملك الرقبة
باق بعد الكتابة والحرمة في الوطء عارضة على شرف الزوال فاشبهت الحيض والاحرام وكذلك
اذا وطي الامة المشتراة شراء فاسدا يحد قاذفه لان الشراء الفاسد يوجب الملك بخلاف النكاح
الفاسد فانه لا يوجب الملك فلهذا يسقط احصانه بالوطء في النكاح الفاسد وكذلك اذا ملك
اختين فملكت بينه فوطيهما يحد قاذفه لان الحرمة موقتة فاذا اخرج احداهما عن ملكه حل له فرج
الاخرى بخلاف ما اذا تزوج اختين فوطيهما لا يحد قاذفه لان الحرمة مؤبدة لا خلاف
فيها اما اذا نظر الى فرج امراة بشهوة او لمسها بشهوة ثم اشترى امها او ابنتها او تزوجها فوطيها

نقذف رجل حُدّ قاذفه عند أبي حنيفة لأن كثيرًا من الفقهاء لا يثبتون الحرمة المصاهرة بالنظر بشهوة
أو المس بشهوة وكذا قال الحاكم الشهيد ولا نسب ما إذا وطئ امرأة أبوه أو وطئ أمها حيث لا يحد
قاذفه بالاتفاق لأنه وطء محرم على التأبيد كالزنا كذا في الشامل وغيره قوله وإن كان محرمًا
لغيره لحداء القاذف قوله وكذا الوطء في الملك والحرمة مؤبدة أي الوطء الحرام لعينه قوله
فإن كانت الحرمة مؤقتة كالوطء في حالة الحيض وقد مر بيان جميع ذلك قوله وأبو حنيفة يشترط
أن يكون الحرمة مؤبدة ثابتة بالإجماع أو بالحديث المشهور ليكون ثابتة من غير تردد وأي لكون
الحرمة نظير الحرمة الثابتة بالإجماع ما إذا وطئ الجارية المشتراة التي وطئها أبوه بملك
اليمين أو بملك النكاح فلا يحد قاذفه لسقوط إحصان الواطئ بالوطء الحرام على التأبيد بالإجماع
وكذلك إذا تزوج أختين أو تزوج امرأة وعمتها أو خالتها أو تزوج أمة على حرة أو جمعهما في العقد
فوطئهما فلا حد على قاذفه لما قلنا ونظير الحرمة الثابتة بالحديث المشهور ما إذا تزوج
امرأة بلا شهود فوطئها حيث يسقط إحصانه فلا يحد قاذفه لقوله عليه السلام لا نكاح إلا
بشهود وهو مشهور تلقته العلماء بالقبول إلا أنه لا يجب عليه حد الزنا للشبهة وكذا إذا كانت
عمته أو خالته من الرضاع أمته فوطئها يسقط إحصانه لقوله عليه السلام يحرم من الرضاع
ما يحرم من النسب قوله بيانه أي بيان الأصل المذكور في المسائل التي بعد هذا قوله
وكذا إذا قذف امرأة زنت في نصرانيتها أي لا حد على القاذف ومعنى المسألة أنها زنت في
نصرانيتها ثم أسلمت فقذفها إنسان لأن الكافرة إذا لم تسلم لا يجب على قاذفها الحد وإن لم تزن
فلا حاجة حينئذ إلى التقييد بالزنا في إسقاط الحد على القاذف وإنما لم يحد قاذفها بعد الإسلام لأن
الإسلام لم يقرر حكم ذلك الزنا ولهذا لم يسقط الحد بالإسلام فلما كان كذلك لا يحد قاذفها لعدم شرط
الإحصان وهو العفة عن الزنا لأنه لا يتفاوت أن يكون زناها في دار الحرب أو في الإسلام وعليه نص
الحاكم قوله ولهذا وجب عليها الحد أي حد الزنا وهو إيضاح لتحقق الزنا قوله لا يحد أي
القاذف قوله وهذا هو الصحيح أي عدم وجوب القذف على من قذف من وطئ أمته وهي أخته
من الرضاعة هو الصحيح إنما قيد بالصحيح لأن ظاهر الرواية واحترز به عن رواية الكرخي أنه لا يسقط
الحد عن القاذف لأنه وطء لم يلاقه مقارنة التحريم فيه لا يسقط الإحصان كوطء المرأة الحائض

الحرمة

المحرمة والأمة المجوسية والمزوجة والتي ظاهر منها ولنا أن الحرمة مؤبدة في المقيس
عليه ولا شك أن المقيس عليه أدنى حالا من المقيس فلا يصح القياس لعدم المماثلة فجاز أن يسقط
الإحصان في الحرمة الأعلى دون الأدون قوله ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد
عليه هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في المكاتب يموت
ويترك وفاء فيؤدى كتابته ويقسم ما بقي بين ورثته الأحرار ثم يقذفه إنسان قال لا حد على قاذفه أبدًا
وذلك لأن الصحابة اختلفوا فيما إذا مات عن وفاء فقال بعضهم مات حرًا وهو مذهب علي وعبد
الله بن مسعود وقال بعضهم مات عبدًا وهو مذهب زيد بن ثابت فاختلافهم أورث شبهة في حد
القاذف فسقطت قوله ولو قذف مجوسيًا تزوج بأمه ثم أسلم عند أبي حنيفة يحد قاذفه وقالا لا حد
عليه هذه من مسائل الجامع الصغير وأصله أن تزوج المجوسي لمحارمه له حكم الصحة عند أبي حنيفة وقالا له
حكم البطلان وموضعه كتاب النكاح من الأصل ونحن استقصينا بيانه في باب نكاح أهل الشرك
فينظر ثمة لا محالة فهو الفعل الذي أتى به المجوسي قبل الإسلام يستحله ديانة ونحن أمرنا بتركهم
وما يدينون ولهذا لا يتعرض لهم في تكفيرهم الذي هو أقبح من التزوج بالمحارم فكذا لا يتعرض في التزوج فلما
كان كذلك كان له حكم الصحة فصار محصنا بالإسلام قد عصم له ما تقدم بالإسلام فيحد قاذفه
وجه قولهما أن النكاح فاسد في الأصل ولهذا إذا ترافعا إلى الحاكم يفرق بينهما بالإجماع ونكاح المحارم
ليس بمشروع مطلقا وإنما كان في الذي يليه آدم ضرورة التوالد والتناسل بأن تزوج أخت هذا
البطن من البطن الآخر وما نكاح الأمهات فلم يكن مشروعا أصلا والمسلم إذا وطئ أمه بنكاح فاسد
لا يكون محصنا ولا يحد قاذفه فكذا هنا قوله وإذا دخل الحربي دارنا بأمان فقذف مسلما حد
وهي من مسائل الجامع الصغير وإنما وجب عليه حد القذف لأن فيه حق العبد وهو مؤاخذ بحقوق
العباد والحاصل أن حد القذف يجب عليه بالاتفاق وفي حد الزنا والسرقة يجب عند أبي يوسف
ولا يجب عند أبي حنيفة ومحمد والذي يجب عليه جميع الحدود بالاتفاق إلا حد الخمر وقد مر بيانه
في باب الذي يوجب الحد قوله أن لا يؤدي بفتح الدال وما بعده بكسر اللام قوله وموجب أداه
أي يكون المستأمن ملتزما موجب أداه وهو حد القذف قوله وإذا حد المسلم في قذف سقطت
شهادته وإن تاب وهذه مسألة القدوري اعلم أن الحدود في الزنا والشرب أو السكر إذا تاب

يقبل شهادته بالاتفاق الا عند الحسن بن حي والاوزاعي فان عندهما لا يقبل شهادة من حد في
الاسلام في قذف غير امراة كذا ذكر ابو بكر الرازي في شرح الطحاوي فاما المحدود في القذف
اذا تاب فعندنا لا يقبل شهادته وعند مالك والشافعي وعثمان البتي تقبل قياسا على المحدود في
الزنا **ولنا** قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم ياتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين
جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا واولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا فلو قبلت شهادة
المحدود في قذف بعد التوبة لا يبقى فائدة لقوله ابدا وبالاستثناء ارتفع الفسق ولا يلزم من نفي الفسق
قبول الشهادة كما في شهادة العبد وقد مر تحقيق هذه المسالة في كتابنا الموسوم بالتبيين
في شرح الاخسيكتي والباقي يجي في الشهادات **قوله** واذا حد الكافر في قذف لم تجز
شهادته على اهل الذمة وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في ذمي قذف رجلا فاقيم عليه الحد قال لا تجوز شهادته على اهل الذمة فان اسلم جازت
شهادته على اهل الذمة وعلى اهل الاسلام اذا لم تجز شهادة الكافر بعد حد القذف قبل الاسلام
لان رد شهادة المحدود من تمام الحد فيرد شهادته على جنس من يحد الحد فان اسلم جازت شهادته على
اهل الاسلام واهل الذمة لان هذه شهادة مستفادة غير تلك الشهادة المردودة لان الاسلام حصل له
عدالة الاسلام فلما كانت هذه غيرها ولم يلحقها رد قبلت على اهل الاسلام ثم على اهل الذمة تبعا
لهم فان **قلت** العبد اذا قذف فضرب الحد ثم اعتق لا يقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر
اذا اسلم **قلت** العبد لا شهادة له اصلا حال رقه فلا بد لحد القذف من رد الشهادة وانما تحصل
الشهادة للعبد بعد العتق فترد لانه تتمة للحد اما الكافر فله شهادة على جنسه فردت بالحد
ثم بعد الاسلام حدث له شهادة اخرى لم يلحقها رد فقبلت **قوله** بخلاف العبد جواب سؤال
ذكرناه انفا **قوله** وان ضرب سوطا في قذف ثم اسلم ثم ضرب ما بقي جازت شهادته اي ضرب
القاذف الكافر وهذه من مسائل الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في هذا ثلث روايات روي عنه اذا ضرب سوطا في الاسلام لا يقبل شهادته
وعنه اذا ضرب الاكثر في الاسلام بطلت شهادته وعنه ما لم يضرب كله بعد الاسلام لا يبطل شهادته
وهو المفهوم وهو قول ابي يوسف ومحمد وكذا اذا ضرب المسلم بعض الحد ثم هرب ففيه ثلث روايات

في ظاهر

في ظاهر الروايات ما لم يضرب جميع الحد لا يبطل شهادته وفي رواية يبطل بضرب سوط
وفي رواية لا يبطل ما لم يضرب الاكثر وجه اعتبار السوط الواحد ان حد القذف جرح
في الشهادة فيستوي فيه اسباب الجرح القليل والكثير وكذا الحد وجه اعتبار الاكثر
ان الاكثر يقوم مقام الكل فيكون ضرب الاكثر كضرب الكل وجه اعتبار الكل ان الله تعالى امر
برد الشهادة بعد ضرب ثمانين فالم يوجد ضرب الثمانين في الاسلام لا ترد ولان رد الشهادة
صفة للحد على معنى ان الرد متمم له وصفة الشيء لا وجود لها الا بعد وجود ذلك الشيء فلما لم يوجد الجلد
تماما بعد الاسلام لا يوجد الحد فلا يكون الرد صفة لا للموجود قبل الاسلام ولا للموجود بعد الاسلام
لان كل ذلك بعض الحد **قوله** وعن ابي يوسف انه يرد شهادته وذلك لانه جعل الاقل وهو
السوط الموجود قبل الاسلام تابعا للاكثر وهو الموجود في الاسلام اعني تسعة وسبعين سوطا
فصار كان الثمانين وجد بعد الاسلام وهذه رواية عن ابي حنيفة ايضا ذكرناه انفا **قوله**
والاول اصح اي جواز الشهادة **قوله** قال ومن قذف او زنى او شرب غير مرة فحد فهو لذلك
كله وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة فيمن قذف غير مرة
فضرب الحد مرة قال هذا الحد لذلك كله وكذلك الزنا وشرب الخمر ومسئلة الشرب من الخواص وذلك
لان المقصود من اقامة الحد الزجر فبعد ذلك نقول لا يخلو من احد الامرين اما ان يحصل الزجر بالحد
الاول او لا وتحتمل ان يحصل فان كان ما كان لا ينفع الحد ثانيا لانه يلزم تحصيل الحاصل في الاول وذلك فاسد
وفي الثاني لاحتمال حصوله بالاول والحدود يندرئ بالشبهات وهذا في حد الزنا والشرب بالاتفاق
ولهذا لا يحصل في الزنا الواحد الحد الخالط مرارا ولا يجب بكل خلط حد على حدة وكذلك فيما اذا شرب
مرة واحدة بانفاس لا يجب بكل نفس حد على حدة فكذا اذا زنى مرارا او شرب مرارا لان المقصود
حصل بالاول اما حد القذف ففيه خلاف فعندنا يتداخل وعند الشافعي لا يتداخل اذا اختلف المقذوف
او زنا بين مختلفين وهذا بناء على ان الغالب فيه حق الله تعالى عندنا وحق العبد عند الشافعي وقد مر
تحقيق ذلك باقصى الوجوه في هذا الباب عند قوله ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد **قوله**
اما الاخريان وهذه في النسخة الصحيحة بخطنا وسماعا وفي بعض النسخ فاما الاولان فلكل
ليتبين الشي لان اما هنا للتفصيل لانه ذكر اولا ثلثة اشيا القذف والزنا والشرب على الترتيب ثم قال

اما الاخريان يكون المراد منها القذف والزنا ويكون الشرب خاليا عن البيان ويكون
بيان القذف مكررا لانه قال بعد ذلك واما القذف لكن مع هذا لو قال المصنف اما الاخريان
بلفظ التذكير ملتبسا بالخلتين كان اولى لان الزنا والشرب مذكر فتصح اللفظ بلا تاويل فعلى
ما قال تحتاج الى التاويل بان يقال الفعلتان الاخريان او الخصلتان **قوله** الانزجار
ضربات **قوله** واحتمال حصوله بالاول اي الانزجار بالحد الاول **قوله** شبهة فوات
المقصود في الثاني اي ادبا المقصود الانزجار بالثاني اي الحد الثاني **قوله** ملحقا بهما
اي بحد الزنا والشرب **قوله** اختلف المقذوف كزيد وعمرو اختلف المقذوف به كقذف
زيد بزنايين مختلفين قال الحاكم في الكافي قال الرجل يا ابن الزانيين قال عليه حد واحد وقال
ايضا وان زنا بشرب امراة حراما وبلغ كل شيء منها دون الجماع فقذفه قاذف فعليه الحد وذلك
لان الاحصان لا يسقط بوطء حرام ولم يوجد وقال في الشامل في قسم المبسوط قال لغيره زنيت
بفلانة او قال جامعتها حراما لا حد عليه ما لم يقذفه بالزنا لان الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد
ايضا وقال للامراة زنيت بحمار او ببعير او ثور لا حد لان معناه ادخلت فيك حمارا ولو صرح لا
يحد ولو قال زنيت بناقة او بدراهم او بثوب يحد لان معناه زنيت واخذت هذا ولو قال
هذا لعله الا يحد لانه ليس الغير في جانبه اخذ المال وهذه المسائل كتبناها لكثرة الفوائد
بطالب المزيد **فصل في التعزير** قال في المغرب التعزير تاديب
دون الحد من العزر وهو الرد والردع ثم لما كان التعزير دون الحد لم يكن له قوة الحد فذكر في
الاخير لضعفه والتعزير في قوله يعزروه لغة النصرة والتعظيم **قوله** ومن قذف عبدا او
امة او ام ولد او كافرا بالزنا عزر هذا لفظ القدوري **اعلم** ان المقذوف في عبدا او امة او ام ولد او
كافرا او اذا كان المقذوف محصنا لكن قذفه بغير الزنا كما اذا قال يا فاسق او يا كافر او يا خبيث لا يحد
ويعزر وذلك لان قذف غير المحصن بالزنا لم يوجب الحد في الصورة الاولى وكذا قذف المحصن بغير الزنا
لم يوجب الحد في الصورة الثانية لان شرط وجوب الحد هو قذف المحصن بالزنا صريحا فوجب التعزير
دفعا للعار اللاحق بالمقذوف صيانة لعرضه لان القاذف لما اذاه وجب عليه العقوبة اذ في العقوبات
التعزير قال في شرح الطحاوي والاصل في وجوب التعزير ان كل من ارتكب منكرا او اذى مسلما بغير حق

بقوله

بقوله او بفعله وجب التعزير الا اذا كان الكذب ظاهرا في قوله كما اذا قال يا كلب او يا خنزير
او نحوه فانه لا يعزر وقال ايضا لو قال يا فاجر او يا ابن الفاجرة او يا فاسقة او قال
او يا خائن اي ياكل الربا **او يا** شارب الخمر كان عليه التعزير وقال في الفتاوى الولوالجي لو
قال **يا ابن** الفاجر او يا ابن الفاسقة **او يا ابن** القحبة فلا حد عليه لانه ما يشبه ولا ما هو الحق
الزنا لان هذه الالفاظ كما يتناول الزنا يتناول غيره لان غير الزنا يسمى فجورا وعليه التعزير لانه
الحق نوع الشين فيعزر لدفع الشين عنه **قوله** فوجب التعزير الا انه يبلغ بالتعزير
غايته في الجناية الاولى اي فيما اذا قذف غير محصن بالزنا **قوله** وفي الوجه الثاني
الراي الى الامام اي فيما اذا قذف المحصن بغير الزنا كالفسق والكفر **قوله** ولو قال يا حمار او
يا خنزير لم يعزر وهذا لفظ القدوري وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا في المبسوط وغيره
ووجهه ان القاذف كاذب في قذفه قطعا ولا يلحق الشين بالمقذوف وقيل في
عرفنا يعزر وهو قول الهندواني لانه يعد شتيمة في بلادنا ونقل الناطفي في الاجناس عن نوادر
ابي يوسف رواية ابن سماعة لو قال **يا خنزير** او قال يا حمار عزر ولو قال لرجل صالح ذي المروة
يا فاسق يا لص يا مشرك يا كافر يا ابن الزنا عزر في ذلك وان كان الذي قيل له يا فاسق
كان فاسقا او قال يا فاجر كان فاجرا او قال يا لص كان لصا لا شيء عليه قال ذكر في المجرد **قوله**
يعد سبا اي شتيما **قوله** وقيل ان كان المسبوب من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر
لانهم يلحقهم الوحشة بذلك اي ان كان المسبوب بقوله يا حمار او يا خنزير وقال في الاجناس
او قال ابن قرطبان عليه التعزير لانه هو الذي يقحم رجلا على امراته رجاء ان يصيب مالا
وقال ايضا لو قال **يا جيفة** يا ديوث يا مخنث عزر في ذلك ولو قال **يا سفيه** عزر وقال
ايضا لو قال يا ابن الحجام وابوه ليس بحجام او يا ابن الاسود وابوه ليس كذلك او قال انت حجام
او انت مفسد او مار بشيء لا يعزر فيه وقال في الفتاوى الولوالجي لو قال **يا ابله** يا بادركس
او لا شيء او قال يا منتوف لا يجب عليه التعزير لانه ما قذفه بمعصيته ولا الحق الشين به وكذلك
لو قال يا سليم يا مسخر يا مقامر قال هكذا ذكر في بعض المواضع فمن نظيره الظاهر انه
يجب وقال ايضا لو قال يا بليد يا قذر يجب التعزير لانه الحق الشين به وقال في خلاصة الفتاوى

قال الصدر الشهيد يجب التعزير في قوله يا مقامر وقال الحاكم في الكافي إن قال يا يهودي أو يا نصراني
أو يا مجوسي أو يا ابن اليهودي فلا حد عليه ويعزر **قوله** والتعزير أكثره تسعة وثلثون
وأقله ثلاث جلدات وقال أبو يوسف يبلغ التعزير خمسة وسبعين سوطاً هذا لفظ القدوري
في مختصره وهذا ظاهر الرواية عن أبي يوسف ألا ترى إلى ما نقل صاحب الأجناس عن حدود
الأصل لا يبلغ التعزير ويضرب المضروب قائماً أقله ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون لا يبلغ
أربعين سوطاً في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يبلغ به خمسة وسبعين سوطاً ثم قال
وفي نوادر هشام عن أبي يوسف تسعة وسبعين سوطاً لكن هذا في تعزير الحر أما في تعزير العبد
فعلى قول أبي يوسف ينقص خمسة عن أربعين كذا ذكر صاحب التحفة وقول محمد في ظاهر الرواية مع
أبي حنيفة وفي رواية قوله مع أبي يوسف كذا ذكر في المختلف وقول زفر مثل قول أبي يوسف في
نوادره ذكره أبو الليث مع أبي يوسف هكذا في شرح الجامع الصغير وذكر في شرح الأقطع
قول زفر مثل قول محمد ثم الأصل هنا ما روي عن النبي صلى الله عليه أنه قال من بلغ حداً في غير حد
فهو من المعتدين معناه من بلغ حداً فيما ليس بحد يعني في التعزير إذا بلغ حداً فهو المعتدين
أي من المجاوزين فعلى هذا لا بد من نقصان عدد الجلد في التعزير عن الحدود وذلك يحصل
بنقصان سوط عن الأربعين لأنه عليه السلام قال من بلغ حداً بلفظ النكرة فيتناول أدنى
ما يقع عليه اسم الحد وهو الأربعون لأنه أدنى حد القذف في القذف وأبو يوسف اعتبر حد
الأحرار لأن الرق عارض فنقص عنه سوطاً على رواية النوادر وعلى ظاهر الرواية نقص عن الثمانين
خمسة ولا فقه فيه ولا يفهم فيه معنى معقول قالوا إن أبا يوسف كان يعزر رجلاً وقدر بتسعة
وسبعين وكان يعقد بكل خمسة عقداً بأصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد الأربعة الأخيرة
لنقصانها عن الخمسة فظن الذي عنده أنه من خمسة وسبعين وكان يعرف الضارب حقيقة الحال
فاختلفت الرواية عن أبي يوسف لهذا وقد روي مثل هذا عن عمر وليس بصحيح وإنما
الصحيح عن أبي يوسف لأنه لو كان في هذا النقل عن عمر لم يعتبر أبو حنيفة التعزير بحد
العبيد وقيل إن نقصان الخمسة ما روي عن علي رضي الله عنه وفيه نظر لما قلنا و
هذا لأن تعليل الصحابي فيما لا يدرك بالقياس واجب عند أصحابنا وقال الفقيه أبو الليث

في شرح

في شرح الجامع الصغير قيل إن أبا يوسف أخذ النصف من حد الأحرار والنصف من حد
العبيد وأكثر حد الأحرار مائة وأكثر حد العبيد خمسون فأخذ نصفاً من هذا ونصفاً من هذا
قلت سلمنا أن المائة حد هذا والخمسون حد ذاك ولكن لا نسلم اعتبار التعزير بنصف
كل واحد منهما ولا دليل على التنصيف حتى ما لا يستهما من كل واحد منها ولا دليل أيضاً على
اعتبار أكثر الحدود وما قاله أبو حنيفة أشبه بالصواب عندي لتيقن الأقل والفقيه أبو الليث
أخذ بقول زفر وعلل بعد ذلك في قوله لأن الأربعين نصف الحد وليس بحد والحديث وفيه
نظر لأنا نقول لا نسلم أن الأربعين ليس بحد بل هو حد العبد في القذف ولا يجوز نفيه مطلقاً
لأن النكرة إذا وقعت في موضع النفي عمت قوله عليه السلام من بلغ حداً في غير حد الرواية فيه
بتخفيف اللام والتشديد وجه في على حذف المفعول الأول أي من بلغ التأديب أو بلغ
الضرب حداً فيما ليس بحد أي في التعزير وقال بعضهم في تقدير المفعول الأول من بلغ التعزير
حداً وذاك [illegible] للقاح لأن المراد من قوله في غير حد التعزير فيكون تقدير الكلام حينئذ
من بلغ التعزير حداً في التعزير وفيه ما قلنا **قوله** فيقدر فيه إلى رأي الإمام **قوله** وأبو حنيفة
ومحمد اعتبرا أدنى الحد حد العبد فنقصا منه سوطاً أي من الأربعين **قوله** في رواية عنه أي عن أبي
يوسف **قوله** وفي هذه الرواية أي في رواية القدوري وفي رواية الجامع الصغير
أيضاً **قوله** فقلدناه أي قلد أبو يوسف علياً **قوله** ثم قدر الأدنى في الكتاب
ثلث جلدات أي قدر القدوري أدنى التعزير في مختصره بثلث جلدات لعلم وقوع
الزجر بأقل من ذلك وذكر مشائخنا في شروح الجامع الصغير أن أدناه على ما يراه الإمام
يعني يجتهد الإمام في ذلك فأي قدر رأى مصلحة يعزر بذلك لأن الناس يتفاوتون فواحد
ينزجر بأدنى ضرب ويشعر به ولا ينزجر بأضعاف ذلك الآخر وروي مثل ذلك عن أبي
حنيفة لهذا قال في الأجناس قال أبو حنيفة في التعزير إن شاء القاضي أن يحبسه ولا يضربه
فعل وهو إلى الوالي يعمل فيه برأيه وعلى الوالي أن يجتهد في ذلك **قوله** وعن أبي يوسف
أنه على قدر عظم الجرم وصغره نقل الناطفي في الأجناس عن الحدود إملاء رواية ابن أبي
سليمان قال أبو يوسف التعزير على قدر عظم الجرم وصغره وعلى قدر ما يرى الحاكم في ذلك

وعلى قدر احتمال المضروب وغير احتماله لضعف بدنه فيتحرى في ذلك وقال في نوادر ابن
رستم عن محمد في الرجل يشتم الناس ان كان له مروءة وعظ وان كان دون ذلك حبس وان كان
شتاما ضرب وحبس قال والمروءة عندي في الدين والصلاح قال في خلاصة الفتاوى
سمعت من ثقة ان التعزير باخذ المال ان راى القاضي او الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا
يحضر الجماعة يجوز تعزيره باخذ المال الى هنا لفظ الخلاصة وقال في شرح الاقطع وروى
ابن سماعة عن ابي يوسف انه قال على قدر ما يراه الامام في كل نوع فيعتبر في كل شيء ما يقرب
منه فالقذف بغير الزنا يعتبر بحد القذف وشرب غير الخمر يقرب من شرب الخمر والوطء
فيما دون الفرج يقرب بالزنا والجراحة يعتبر كل شيء بنوعه وهذا هو المراد من قول صاحب
الهداية وعنه انه يقرب كل نوع من بابه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف
بغير الزنا من حد القذف يعني يعزر في اللمس الحرام والقبلة الحرام اكثر جلدات التعزير
ويعزر في القذف بغير الزنا كقوله يا كافر ويا خبيث اقل جلدات التعزير **قوله** قال
وان راى الامام ان يضم الى الضرب في التعزير الحبس فعل وذلك لان المقصود من التعزير
الزجر عن منكر لم يشرع فيه حد وللامام راي في التعزير فاذا راى الحبس مصلحة ضم الى
الضرب كما اذا ادى الحبس دون الضرب على ذلك ولهذا جاز له ان ينقص من الضرب شيئا **قوله**
ان يكتفي به اي بالحبس **قوله** وقد ورد الشرع به في الجملة اي بالحبس وهو ما روي في
السنن مسندا الى عمرو بن الشريد عن ابيه عن رسول الله صلى الله عليه قال لي الواجد يحل عرضه
وعقوبته وقال ابن المبارك يحل عرضه يغلظ له وعقوبته يحبس له ما روي في السنن ايضا
ان النبي صلى الله عليه حبس رجلا في تهمة **قوله** ان يضم اي يضم الحبس الى الضرب **قوله**
ولهذا لم يشرع في التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع في الحد هذا ايضاح لما ان الحبس صلح تعزيرا
يعني ان الحبس لما كان صالحا للتعزير لم يشرع الحبس بمجرد التهمة قبل ثبوت التعزير لان
الحبس من التعزير فلو جاز قبل ثبوت التعزير لزم تقدم الشيء على نفسه وهو فاسد ولهذا لم
يحبس المشهود عليه بالتعزير حتى يسال عن الشهود ويحبس في الحد حتى يسال عن الشهود
لان الحبس من الحد فلا يلزم ما قلنا قال في شرح الطحاوي التعزير على اربع مراتب تعزير
الاشراف

الاشراف كالدهاقنة والقواد وتعزير اشراف الاشراف كالفقهاء والعلوية
وتعزير الاوساط من الناس وتعزير الخسايس من الناس فتعزير اشراف الاشراف
الاعلام لا غير وهو ان يقول القاضي بلغني انك فعلت كذا وكذا وتعزير الاشراف الاعلام و
الجر الى باب القاضي وتعزير الاوساط من الناس كالسوقية الاعلام والجر الى باب
القاضي والحبس والتعزير الخسايس من الناس الاعلام والجر الى باب القاضي والضرب والحبس
قوله قال اشد الضرب التعزير قال القدوري في مختصره اشد الضرب التعزير ثم حد الزنا
ثم حد الشرب ثم حد القذف قال الحاكم في الكافي وضرب التعزير اشد من ضرب الزنا
وضرب الزاني اشد من ضرب الشارب وضرب الشارب اشد من ضرب القاذف وضرب
القاذف اخف من الجميع والجرد في سايره الا في حد القذف فانه يضرب وعليه ثيابه وتقدم
ذكره وانما كان ضرب التعزير اشد لانه ناقص المقدار فهو تخفيف فلا يخفف ثانيا في صفته
لئلا يؤدي الى فوات المقصود اصلا وهو الزجر واختلف المشايخ في شدته قال في شرح
الطحاوي قال بعضهم هو الجمع في عضو يجمع الاسواط في عضو واحد لا يفرق على الاعضا بخلاف
ساير الحدود وقال بعضهم لا بل شدته في الضرب لا في الجمع ويدل على ذلك ما روى ابو عبيد في غريبه
ان رجلا شتم علي ابن ام سلمة فضربه عمر تسعين سوطا كلها يبضع ويحدر ومعلوم ان عمر رضي الله عنه ضربه
بسبيل التعزير ويبضع بالضاد المعجمة والعين المهملة اي يشق ويحدر بالحاء المهملة من باب نصر اي
يورم وروي يحدر من الاحدار **قوله** ضرب الزنا اشد من ضرب الشارب لانه ثابت بالكتاب
والسنة وسببه وهو الزنا من اعظم الذنوب ولهذا شرع فيه اعظم العقوبات وهو الرجم الا ترى
الى ما روي في السنن عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه **قال** قلت يا رسول الله اي الذنب
اعظم قال ان تجعل لله ندا وهو خلقك قال **ثم** اي قال ان تقتل ولدك خشية ان ياكل
معك قال **ثم** قال ان تزني حليلة جارك قال فانزل تصديقها قول النبي عليه السلام والذين
لا يدعون مع الله الها اخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون الاية **قوله**
ضرب الشارب لان سببه وهو شرب الخمر ثابت يقينا بالبينة لكن الحد لم يكن هنا الحد ثابتا
بالكتاب بل كان بقول الصحابة كان يضربه دون ضرب الزنا وفوق ضرب القذف

لان سببه ليس بيقين بل هو مشتبه لاحتمال انه صادق او كاذب لانه ربما يكون صادقا في قذفه
فلا يقدر على اثبات زنا المقذوف لانه قل ما يحصل من يشهد على فعل المقذوف كالميل في المكحلة ثم
ضرب القذف اخف من الجميع لما قلنا ولانه حصل فيه التغليظ مرة بجعله مردود الشهادة
ابدا بقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة ابدا فلا تغلظ ثانيا بالشدة في الضرب قوله ومن حده الامام
او عزره فمات فدمه هدر هذا لفظ القدوري في مختصره اما هدر الدم في الحد فبالاجماع واما
في التعزير فعندنا وقال الشافعي في احد قوليه يلزمه الضمان في ماله وفي قوله الاخر في بيت المال كذا في شرح
الاقطع ولنا انه فعل ما فعله بامر الشارع ولم يتبين خطاؤه ولا يلزمه الضمان كما في الحد وهذا
لانه لما كان مامورا في الحد والتعزير اتى بما في وسعه من الجلد بحسب الامر وليس في وسعه ان لا يتلف
المجلود بعد الجلد ولا يكلف الله نفسا الا وسعها فلا يجب الضمان كما في الحد ولانه عقوبة يستوفيها
الامام لمصلحة العامة فلا يجب الضمان كالحد ولان فعل المامور لا يكون مقيدا بشرط السلامة
كالفصاد والبزاغ اذا لم يتجاوز الموضع المعتاد فمات المفصود او المبزوغ لا يلزم الضمان فكذا هنا
وليس كذلك تعزير الرجل زوجته اذا ماتت من ذلك حيث يجب عليه ضمان الدية لانه من قبيل الاطلاقات
والاطلاقات تتقيد بوصف السلامة فاذا فاتت السلامة يلزم الضمان كالمرور في
الطريق والاصطياد اذا اتلف من ذلك الوجه شيء يلزم الضمان لكونه مقيدا بشرط السلامة
وهذا لان الاطلاق رفع القيد فبعده يكون الشخص مخيرا في اتيان الفعل وتركه ان شاء فعل وان شاء
ترك فاذا فعل يفعل باختياره وليس كذلك الامر يلزمه لا محالة على الفعل فيلزمه ان يفعل على وجه
لا يتلف لانه باختياره فاذا اتلف ضمن وليس كذلك الامر لانه الزام فاذا اتلف بامر الشارع صار كان التالف
اماته الله تعالى ابتداء ولا واسطة ولان ضرب الرجل زوجته لمنفعة نفسه وتعزير القاضي بامر
الامام لمنفعة عامة اهل الاسلام وهي رفع الفساد عن دار الاسلام فصار تعزيره كالحد فلم يجز
قياسه على ضربها لعدم المماثلة يقال ذهب دمه هدرا اي باطلا ويقال بزغ البيطار
الدابة من حد منع اي اسال دمها من مواضعها واسم الحديدة التي يفعل بها ذلك المبزغ
وهي كمشرط الحجام قوله وقال الشافعي تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطا فيه اذ
التعزير للتاديب جواب سلمنا ان التعزير للتاديب وهنا ايضا وقع تعزير التاديب لكن
لا نسلم

لا نسلم ان الاتلاف حصل في ضمن الجلد المامور به وقد اتى الجلاد لا بغير ما امر به فكيف
يضاف الخطا اليه قوله غير انه تجب الدية في بيت المال استثناء من قوله لان الاتلاف
خطا يعني انه لما كان مخطئا بالاتلاف على زعم الشافعي كان القياس ان تجب الضمان في ماله
كما قال في احد قوليه الا انه وجبت الدية في بيت المال لرجوع نفع الجلد الى العامة فوجب
الضمان في مالهم وهو مال بيت المال قوله بامره اي بامر الله تعالى اماته اي اماته الله المجلود
من غير واسطة اي من غير واسطة جلد الجلاد والله اعلم كتاب
السرقة لما فرغ عن بيان الزواجر الراجعة الى صيانة النفوس كلا او جزءا
واتصالا بها شرع في بيان المزجرة الراجعة الى صيانة الاموال اخرها لكون النفس
اصلا والمال تابعا وذلك لان حد الزنا للزجر عن الزنا الذي هو سبب ضياع النفس الولد فكان
صيانة النفس وحد الشرب صيانة العقل الذي هو اشرف الاجزاء في النفس وحد القذف
لصيانة ما الوجه الذي يتصل بالنفس وانما قلنا ان المال تابع لانه خلق وقاية للنفس
قال تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا قوله السرقة في اللغة اخذ الشيء من الغير
على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال تعالى الا من استرق السمع قال
في المجمل استرق السمع اذا تسمع مستخفيا اعلم ان السرقة في اللغة اخذ مال الغير
على سبيل الاستتار ويراد بها في اصطلاح اهل الشرع اخذ مال معتبر شرعا من حرز اجنبي لا شبهة
فيه خفية وهو قاصد للحفظ في نومه او غيبته والمعتبر شرعا احتراز عن التافه وما دون النصاب
وقيد الحرز ظاهر وقيد الاجنبي احتراز عن القريب ذي الرحم المحرم وقيد من لا شبهة فيه
احتراز عما فيه شبهة وقيد الخفية احتراز عن النهب والغصب والاختلاس وقيد القصد للحفظ
احتراز عن النبش وقيد النوم والغيبة احتراز عن الطر هذا ما ابدعه خاطري في كتابنا
الموسوم بالتبيين قوله وقد زيدت عليه اوصاف في الشريعة اي زيدت على المعنى اللغوي
اوصاف في القيود المذكورة في التعريف الذي ذكرته قوله والمعنى اللغوي اي اخذ الشيء من
الغير على الخفية مراعى فيها اي في السرقة قوله ابتداء وانتهاء ويعني ان توجد الخفية ابتداء وانتهاء
قوله او ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار يعني ليلا ومعناه ان يكون ابتداء السرقة خفية وانتهاؤها

جهرًا كما اذا نقب الجدار ليلا خفية ثم يستيقظ صاحب المال فاخذ السارق منه جهرًا مكابرة
اعني مقاتلة بالسلاح كذا في خلاصة الفتاوي ثم السرقة التي تتعلق بها القطع لها شرائط
منها الخفية والاستسرار ابتداء وانتهاء او ابتداء بان نقب البيت خفية ثم ياخذ المال
مزيده مكابرة بان استيقظ صاحبه ومنها ان لا يكون للسارق في المسروق ملك ولا شبهة
ملك ومنها ان لا يكون السارق ماذونا بالدخول في المكان الذي سرق منه ومنها (من المسروق)
ان يكون المسروق منه يد صحيحة على المال حتى ان السارق من السارق لا يقطع ومنها
ان لا يكون بين السارق والمسروق منه زوجية ولا رحم كامل ومنها ان يكون
المسروق متقوما وان لا يوجد جنسه مباحا في الاصل ولا يكون تافها ولا يتسارع اليه
الفساد ويعتبر قيمته عشرة وقت السرقة ووقت القطع ذكر الطحاوي ان المعتبر قيمته وقت
الاخراج ومنها ان يكون الماخوذ محرزا ثم قال في خلاصة الفتاوي ولو كابر
انسانا ليلا وسرق متاعه قطع ولو كابره نهارا لا يقطع بان نقب بيته سرا واخذ
متاعه معاينة فالقياس ان لا يقطع في الفصلين يعني انما استحسنوا بالليل لانه اخذه
خفية عن عين سائر الناس قوله نقب الجدار بالتخفيف من حد نصر وروي بالتشديد
ذلك ضعيف لان التفعيل للتكثير اما في الفعل كما في طوفت واما في الفاعل كما في موتت الابل
واما المفعول كما في غلقت الابواب ولم يوجد واحد منها لتوجد الفعل والفاعل والمفعول
فافهم قوله مكابرة اي مغالبة ومدافعة قوله وفي الكبرى اخره هذا جواب سؤال بان
يقال يرد على ما قلت قطع الطريق وهو يسمى السرقة الكبرى ومع هذا لم تراع فيه الخفية وقد قلت
المعنى اللغوي في السرقة مراعى فقال في السرقة الكبرى ايضا ذو معنى السرقة لغة وهو
الاخذ خفية لان قاطع الطريق ياخذ المال عن المارة خفية عن عين الامام الذي يحفظ
الطريق والمارة بشوكته ومنعته كما ان السارق في السرقة الصغرى ياخذ المال خفية عن
عين من يحفظ المال كالمالك او من قام مقامه كالمستعير والمستاجر والمستودع والمرتهن والمضارب
والغاصب قوله من يقوم مقامه اي مقام المالك بان يكون صاحب يد امانة او ضمان
وقوم من الظاهر قبيله قوله اذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم او ما يبلغ قيمته عشرة
دراهم

دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع فيه اي قال القدوري في مختصره والاصل في وجوب
القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما وانما خص المجنون والصبي لما روي في
السنن وغيره مسندا الى علي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه قال رفع القلم عن ثلاثة
النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يفيق ولان القطع عقوبة وهما ليسا من
اهل العقوبة ثم اختلف العلماء في المقدار الذي يجب فيه القطع قال بعضهم اذا سرق فلسا يقطع
كذا في شرح الطحاوي عن الحسن البصري يقطع في القليل والكثير وهو قول الخوارج كذا في شرح
الاقطع وهو قول داود الاصفهاني ايضا كذا ذكره الفقيه ابو الليث في الجامع الصغير واحتجوا فيه
باطلاق النص وقدر اصحابنا بعشرة دراهم ومالك في الموطا بثلثة دراهم ودونه عنه
خمسة دراهم وهو المروي عن ابي هريرة وابي سعيد الخدري كذا في الجامع الترمذي وقال ابن ابي
ليلى لا يقطع في اقل من خمسة دراهم كذا قاله الحاكم في الكافي وما روي عن ابي هريرة وابي
سعيد الخدري باربعين درهما ليس بصحيح والشافعي قدره بربع دينار ومتاع ذلك يقوم به
السلع وعند احمد ربع دينار من العين او ثلثة دراهم من الورق او قيمة ثلثة دراهم ثم هذا
الاختلاف انما نشا باعتبار انه لم يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه الا في سارق
المجن واختلف الرواة في تقديره فبعد ذلك بعض العلماء اخذوا بالاقل وبعضهم اخذوا بالاكثر
الدليل على ذلك ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى هشام عن ابيه قال اخبرتني عائشة رضي
الله عنها ان يد السارق لم يقطع على عهد النبي صلى الله عليه الا في ثمن مجن حجفة او ترس
ان مالك روى عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه قطع سارقا في مجن ثمنه ثلثة
دراهم والشافعي احتج بما روي عن عمرة عن عائشة موقوفا ومرفوعا ان النبي صلى الله عليه
كان يقطع في ربع دينار فصاعدا كذا قاله ابو عيسى في جامعه واصحابنا احتجوا بما روي في
السنن وشرح الاثار مسندا الى عطاء عن ابن عباس قال قطع رسول الله في مجن قيمته دينار او
عشرة دراهم واصحابنا رجحوا هذا لان في العشرة يجب القطع بالاجماع وفيما دونها خلاف
فالاخذ بالمجمع عليه اولى من الاخذ بما فيه خلاف لان في درجات الخلاف اورثت الشبهة
والحدود تندرئ بالشبهات ولان في الاقل شبهة عدم الجناية وحد بالشبهة يؤيده ما روي في الجامع

الترمذي عن ابن مسعود انه قال لا يقطع الا في دينار او عشرة دراهم ثم تكلموا علمائنا
في الدراهم هل يشترط عشرة دراهم مضروبة تامة لا فنقل صاحب الهداية لفظ القدوري في قدر
الدراهم بالمضروبة كما روينا عنه اولا ثم قال لان اسم الدراهم ينطلق على المضروبة فهذا
يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب هو ظاهر الرواية يعني ان اسم الدراهم
المذكورة في الحديث يدل على كون المضروبة شرطا في وجوب القطع كما قال القدوري في
مختصره حتى لو سرق تبرا وزنه عشرة قيمته انقص من عشرة مضروبة لا تجب القطع
وهذا صحيح لكن في نقله عن القدوري نظر لان الشيخ ابا نصر ذكر في شرح الكمير وهو
تلميذ القدوري ان رواية المختصر لم يقيد بالمضروبة بل اثبت الرواية بقوله مضروبة او غير مضروبة — تلميذ القدوري
ثم قال اما قول صاحب الكتاب عشرة دراهم مضروبة او غير مضروبة فهو قول ابي حنيفة
ثم قال وروى بشر عن ابي يوسف وابن سماعة عن محمد فيمن سرق عشرة دراهم تبرا الا
يقطع وقال في التحفة ذكر الكرخي انه يعتبر عشرة دراهم مضروبة وكذا روي عن ابي يوسف
ومحمد انه لا يقطع في عشرة دراهم تبرا ما لم يكن مضروبة وروى الحسن عن ابي حنيفة اذا
سرق عشرة مما يروج بين الناس فيما بينهم على ان التبر اذا كان يقطع فيه الى هنا لفظ التحفة ثم — كان مع
قالوا يعتبر ان يكون الدراهم وزن سبعة وهو ان يكون العشرة من الدراهم وزن سبعة
مثاقيل من الذهب فوزن درهم اربعة عشر قيراطا وما بينا درهم وزن خمسة واربعين
مثقالا فوزن كل مثقال درهم وثلثا سباع درهم قد مر في كتاب الزكوة اكثر من هذا
وعلى ذلك استقر الامر في ديوان عمر رضي الله عنه وتعلق الاحكام بهذه الدراهم كنصاب
الزكوة ومقادير الديات قال في شرح الطحاوي يعتبر قيمة السرقة وقت السرقة
ووقت القطع في رواية الكرخي فانه قال في مختصره لا يقطع السارق حتى يكون قيمة ما
سرق يوم السرقة عشرة ويوم القطع عشرة دراهم ويكون القيمة كذلك في الوجهين
جميعا الا اذا كان النقصان لعيب دخله او ذهب بعض العين وان كان النقصان السعر لم يقطع
وكذلك اذا سرق في بلد فاخذ في بلد اخر القيمة فيه انقص لم يقطع حتى يكون القيمة في
البلدين جميعا في السعر عشرة دراهم وفي رواية الطحاوي يعتبر قيمته وقت الاخراج حتى انه
لو نقصت

لو نقصت قيمته وصارت اقل فانه يقطع ثم لا بد من اشتراط حرز لا شبهة فيه اما
الاول فلقوله عليه السلام لا يقطع في حريسة الجبل فيها غرم مثلها وجلدات
نكالا فاذا اواها المراح ففيها القطع ولان الاخذ من غير الحرز يسمى التقاطا لا
سرقة واما اشتراط عدم الشبهة فلان الشبهة يندرئ بها الحدود لقوله عليه السلام
ادرؤوا الحدود بالشبهات والحرز المكان الحريز وهو الذي يحرز فيه الشيء اي يحفظ و
المراد من الحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا والحريسة ما امتنع به الجبل كذا قال ابن دريد
وقال ابو عبيد الحريسة تفسر تفسيرين فبعضهم يجعلها السرقة نفسها يقال حرست احرس
حرسا اذا سرق فيكون المعنى انه ليس فيما يسرق من الماشية بالجبل قطع حتى يؤويها المراح
والتفسير الاخر ان يكون الحريسة هي المحروسة فيقول ليس فيما تحرس بالجبل قطع لانه ليس بموضع
حرز وان حرس ثم اعلم ان التقدير عندنا بالدراهم لا بالدينار ولهذا قال في شرح الطحاوي
ان سرق عشرة دراهم بهرجة او زيوفا او ستوقا لا يجب القطع حتى يبلغ قيمته عشرة
دراهم جياد وكذلك اذا سرق دينارا قيمته اقل من عشرة دراهم لا يجب القطع وكذلك اذا
سرق نصف دينار قيمته عشرة دراهم وجب القطع قوله او ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة
بجر مضروبة على انها صفة دراهم كما في قوله تعالى اني ارى سبع بقرات سمان ويجوز النصب
على فتح على انها حال من نكرة متقدمة قوله بالمال الخطير يقال رجل خطير اذا كان ذا خطر
اي قدر وكذا كل متاع نفيس خطير كذا قال ابن دريد قوله ركنها اي ركن السرقة وهو الاخذ على
الخفية وتذكير الضمير على تاويل السرقة لانها بمعنى قوله لهما اي لمالك والشافعي في ثمن المجن
وهو الترس سمي به لستره صاحبه من جنه الليل واجنه وجن عليه اي ستره والحجفة
الترس الصغير يطارق بين جلدين كذا في المجمل قوله غير ان الشافعي يقول كانت
قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه اثني عشر دراهم فالثلث اذن ربعها اي ربع اثني
عشر دراهم ولقائل ان يقول سلمنا ان الدينار كان كذلك والثلث كذلك ولكن لا نسلم انه اذا
كان كذلك يلزم منه اشتراط ربع الدينار لوجوب القطع فلا بد من بيان اخر ونحن ذكرناه انفا
قوله سرق عشرة دراهم تبرا التبر ما كان من الذهب والفضة غير مضروب كذا قال صاحب ديوان

الادب **قوله** والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لما مر ذكره انفا **قوله** معتبرا قيمته بها اي قيمة غير الدراهم بالدراهم **قوله** وسنبينه اي سنبين الحرز في فصل الحرز **قوله** والعبد والحر في القطع سواء هذا لفظ القدوري في مختصره وانما كانا سواء لعموم النص قال تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما جزاء بما كسبا ولم يفصل بين العبد والحر فيجب على العبد مثل ما وجب على الحر ولانه عقوبة لا تحتمل التجزية فالعبد والحر فيستويان كما في القصاص **قوله** ويجب القطع باقراره مرة واحدة هذا لفظ القدوري وهو قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف الاقرار في شرب الخمر مرتين ايضا كذا في المختلف وروي عنه انه لا يجب القطع حتى يقر مرتين في مكانين مختلفين كذا ذكر ابو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر بشر رجوع قول ابي يوسف الى قولهما ووجه قول ابي يوسف ما روي في السنن وشرح الاثار ومسند ابي امية المخزومي ان النبي صلى الله عليه اتي بلص قد اعترف اعترافا ولم يوجد معه متاع فقال رسول الله صلى الله عليه ما اخالك سرقت قال بلى يا رسول الله فاعادها عليه مرتين او ثلاثا فامر به فقطع فعلم بهذا ان الاقرار مرة واحدة لا يوجب القطع ولهذا لم تجب الحد في الزنا بالاقرار مرة واحدة لما ان النبي صلى الله عليه اعتبر الاقرار اربع مرات ولان الاقرار احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى اعني بالشهادة كما اعتبر الاقرار بالشهادة في الزنا اعني لما كان عدد الشهود في الزنا اربعة كان عدد الاقرار ايضا اربعة وهنا عدد الشهود اثنان فينبغي ان يكون عدد الاقرار اثنين ايضا يؤيده ما حدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى علي ابن ابي طالب ان رجلا اقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين فامر به فقطع وعلقها في عنقه ولابي حنيفة ومحمد ما حدث الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى ابي هريرة قال اتي بسارق الى رسول الله صلى الله عليه فقالوا يا رسول الله صلى الله عليه ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ايتوني به قال فذهبوا به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى الله تعالى فقال تبت الى الله تعالى فقال تاب الله عليك فعلم ان التكرار ليس بشرط وما روي عن النبي صلى الله عليه او عن علي من التكرار انما كان للاحتياط ولان السرقة يظهر ثمرة فلا حاجة الى التكرار ولهذا لا يعتبر التكرار في القصاص

وحد القذف

وحد القذف بالاتفاق ثم التكرار في الاقرار بالسرقة اما ان يكون لاجل الحد او لاجل المال فان كان للاول فلا فائدة في التكرار لان الاقرار دار بعدد وتكثر يسقط الحد بالرجوع لانه حق الله تعالى كحد الزنا وان كان الثاني فلا فائدة فيه ايضا لانه لا يصح الرجوع والمال يتكرر الاقرار لوجود المكذب حق للمال وهذا معنى قوله وما في الرجوع في حق الحد لا يتشدد بالتكرار الى اخره ولا يصح قياس الاقرار بالسرقة على الاقرار بالزنا في اشتراط العدد لان ذلك ثبت بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره **قوله** قال ويجب بشهادة شاهدين اي قال القدوري في مختصره ولفظه فيه يجب القطع باقراره مرة واحدة وبشهادة شاهدين اما ثبوته بالاقرار مرة واحدة ففيه خلاف وقد مر بيانه انفا واما ثبوته بشهادة شاهدين فبالاجماع ليظهر السرقة ولان القطع عقوبة يتعلق استيفاؤها بمطالبة الادمي فيثبت بالشهادة كالقصاص **قوله** وينبغي ان يسالهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها للزيادة للاحتياط اما السؤال عن كيفيته بان يقال كيف سرق لاحتمال انه نقب البيت فادخل يده واخذ المتاع فذهب حيث لا يقطع على ظاهر الرواية خلافا لما روي عن ابي يوسف في الامالي وكذا اذا ناول صاحبا له على الباب لا يقطع واحد منهما لان في الاولى لم يخلص لا هتك الحرز في البيت لا يكون الا بالدخول ولا دخول هنا وفي الصيرفي وفي الثانية لم يوجد الفعل الموجب للقطع على التمام من كل واحد منهما بخلاف ما اذا رمى الثوب من البيت الى الطريق ثم خرج فاخذه حيث يقطع لان الفعل الموجب للقطع تم به وحده واما السؤال عن الماهية بان يقال ما هي فلاحتمال ان المسروق شيء تافه او تتسارع اليه الفساد او مال ذي رحم محرم منه او مال فيه شركة للسارق او مال احد الزوجين او دراهم المديون اخذها السارق بقدر حقه او اقل من قدر النصاب ويحتمل ان الشاهدين نسياه الا السرقة لاستراق الكلام كما قال تعالى الا من استرق السمع او لانه لم يعتدل في الركوع والسجود وقد ورد في الحديث ان اسوء الناس سرقة من يسرق من صلوته فلا بد اذن من السؤال عنها فاما السؤال عن الزمان بان يقال متى سرق فلاحتمال التقادم لان التقادم في الحدود الخالصة حقا لله يبطل الشهادة للتهمة بخلاف الاقرار لعدم التهمة قال بعضهم في شرحه في هذا الموضع ما ذكر في الكتاب خلط لقوله وزمانها

سرقة الصلاة

بخصوصها اذا ثبت السرقة بالبينة وهذا كلام عجيب منه لان المصنف انما اجرى كلامه في سؤال الشاهدين عن زمان السرقة وقد صرح بذلك فكيف يكون مطلقا عن البينة واما السؤال عن المكان فلاحتمال انه سرق في دار الحرب او سرق من مسلم من بيت ذا رنا لا يقطع فيه استحسانا لان حرمة ماله موقتة لا موبدة او سرق من غير حرز اذ من بيت اذن له بالدخول فيه او من حمام نهارا وبالليل يقطع لانه لا يوذن بالدخول في الليل ذكره في شرح الطحاوي **قوله** ويحبسه الى ان يسال عن الشهود للتهمة بالنصب عطفا على قوله ان يسالهما يعني ينبغي ان يحبس الامام السارق لانه صار متهما بالسرقة تعزيرا عليه وقد حبس رسول الله صلى الله عليه رجلا بالتهمة وقد مر ذلك في اول كتاب الحدود انما يحبس الى ان يسال عن الشهود لان التوثيق بالكفالة ليس بمشروع فيما مبناه على الدرء والقطع قبل التعديل لا يجوز لعدم التلافي اذا وقع الغلط فتعين الحبس كيلا يفوت الحق بالهرب قال الحاكم في الكافي فان زكي الشاهدان والمسروق منه غايب لم يقطعه الا بحضرته وان كان حاضرا والشاهدان غايبان لم يقطع ايضا حتى يحضروا قال ابو حنيفة بعد ذلك يقطع وهو قول ابي يوسف ومحمد كذلك المرتد وكذلك هذا في كل حد سوى الرجم وامضي القصاص وان لم تحضره استحسانا الى هنا لفظ الحاكم **قوله** واذا اشترك جماعة في سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان اصابه اقل لا يقطع اي قال القدوري في مختصره وقوله اقل اي اقل من عشرة دراهم غير محتاج اليه كما في قوله تعالى يعلم السر واخفى اي واخفى من السر هذا الذي ذكره فيما اذا لم يكن بين الجماعة صبي او مجنون او اخرس او ذو رحم محرم من صاحب المال اذا كان واحد منهم في الجماعة فلا قطع وعند ابي يوسف ان ولي الصبي او المجنون اخراج المتاع فلا قطع وان ولي غيرهما قطع الوالي ذكره القدوري في شرحه لان المتبوع والمقصود فعل من ولي الاخراج **ولنا** ان اخذ السرقة كما يجب عليه فلا يجب على غيره كالمخطي والعامد اذا اشتركا في القتل العمد ولنا لكن اذا اشترك جماعة في سرقة نصاب وجب القطع عليهم والنصاب ثلثة دراهم عنده وقد مر له ان الفعل الموجب للقطع سرقة نصاب وقد وجد فيقطعون **ولنا** ان كمال النصاب لم يوجد في حق كل واحد منهم فلا يقطعون فصار كما لو سرق كل واحد

بانفراده

بانفراده ما دون النصاب ولا يرد علينا ما اذا قتل جماعة واحدا حيث يجب القصاص عليهم لان القصاص متعلق باخراج الروح وذلك معنى لا يتجزى فصار كل واحد منهم كالفاعل لجميعه والمال يتجزى وسعض فصار فعل كل واحد منهم حال الاشتراك كفعله حال الانفراد ففي حال الانفراد لا يقطع فيما دون النصاب فكذا في حال الاشتراك بخلاف ما اذا سرق واحد عشرة دراهم من عشرة حيث يقطع وهي مسلة المبسوط لان الفعل الموجب للقطع كمال النصاب وقد وجد

والله اعلم

باب ما يقطع فيه وما لا يقطع

لما فرغ عن تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها شرع في بيان محل الذي يقع عليه السرقة بحيث يوجب القطع ولا يوجب لكن كان ينبغي ان يذكر المسلة المتقدمة في هذا الباب لانها تدخل في قسم المعطوف عليه اذا اصاب كل واحد من الجماعة عشرة دراهم وتدخل في قسم المعطوف ان اصابه اقل من ذلك **قوله** لا قطع فيما يوجد تافها مباحا في دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة وهذه من مسايل القدوري الا انه لم يذكر في مختصره الزرنيخ والمغرة والنورة وهي مذكورة في الجامع الصغير قال في شرح الطحاوي الاصل في هذا ان كل ما يوجد مباح الاصل في دار الاسلام لم يحدث فيه صنعة توزيد قيمته على قيمة الاصل ولم تجر العادة باحرازه لم يجب القطع اما الساج والابنوس فانه يقطع فيهما لان العادة جارية باحرازهما فكذلك لا يقطع في الزرنيخ والنورة والملح والمغرة لان هذا كله يوجد مباح الاصل وكذلك الوسمة والحنا وقيل ان في الوسمة والحنا يقطع في بلادنا لانه قد جرت العادة باحرازهما ويقطع في الخشب اذا كان معمولا لانه حدث فيه صنعة تزيد قيمته على قيمة الاصل هذا كله من شرح الطحاوي وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا وروى عن ابي يوسف في النوادر وهشام انه قال انا اقطع في كل شيء سرق الا في التراب والسرقين قال في شرح الاقطع وهو قول الشافعي وزعم اصحابه ان في الماء والتراب وجهين وروى عن ابي يوسف في الامالي انه قال القطع في كل شيء الا في الحشيش وفي الاملا قال ابو يوسف يقطع في كل شيء الا في الماء والتراب والطين والجص والمعازف والنبيذ الاصل هنا ما روي في السنن مسندا الى رافع بن خديج انه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا قطع في ثمر ولا كثر والكثر جمار النخل

كذا في الجمهرة وغيرها وقيل صغار النخل والمعز وفيه انه يوجد تافها وروى عن عايشة رضي الله عنها
انها قالت كان لا يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشيء التافه وعن عثمان وعلي
لا قطع في الطير وجه ما روى عن ابي يوسف انه يجب القطع في كل ما يتقوم بنفسه كاللؤلؤ والياقوت
وهو محجوج بما روينا قوله ينبغي ان يجب القطع في الزرنيخ لانه يحرز ويصان في
دكاكين العطارين كسائر الاموال بخلاف الخشب فانه يلقى خارج الدار وانما يدخل فيها
للعمارة فكان احرازه ناقصا والتافه الحقير اليسير كذا في ديوان الادب والتافه الحقير
وفيه المعاقل اي التحصيل والترك والمغرة الطين الاحمر وهي بالفتحات الثلاث والتافه والمغرة
بعجمة العين وتجوز تسكين عينها والنورة معروفة بالواو ولا بالهمزة **قوله** وما يوجد
جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير وكلمة ما موصولة وقع مبتدا
خبره حقير وصلته الجملة الفعلية الواقعة بعده وفيها ضمير راجع اليه وقوله غير
مرغوب نصب على انه صفة قوله مباحا وانما قيد بقوله مباحا في الاصل بصورته
احترازا عن الخشب المعمول قصعة او بابا ونحو ذلك فان فيه القطع كذا يجب القطع في
الخشب المعمول اذ به وان كان اصلها يوجد مباحا الا ان صورتها تغيرت عما كانت بالصنعة
المتقومة والمتقيد بقوله غير مرغوب فيه احترازا عن الذهب والفضة لوجود الرغبة
فيهما فانتفى الحقارة عنهما وكذلك اللؤلؤ وساير الجواهر **قوله** لا تضن به اي لا
تبخل به ضنا وتجي بفتح الضاد من المضارع وكسرها جميعا **قوله** نقلما يوجد احد
على كره من المالك اي قليل الحاق المشقة بالمالك اذا اخذ احد ما يوجد جنسه مباحا
في الاصل بصورته غير مرغوب فيه لان الضنة بالاشيا الحقيرة من غاية دناة الهمة وخسة
النفس فلا حاجة اذن الى شرع الزاجر باخذها خفية لوجود الرضا من المالك غالبا يقال
الكره الكره لغتان بمعنى المشقة كالضعف والضعف وكلمة ما في ما يوجد موصولة على ما نقل المطرزي في
الايضاح عن ابن الحي ولكن انه دسرو بعم تجوز ان يوصل شيء من الافعال بما سوى لعم ونيس
اهذا اذا كانت كافة واذا كانت مصدرية فليس الا الفعل وقيل الكره المشقة والكره ان
يكلف الشيء فيعمل كارها **قوله** وكذا الشركة العامة التي كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث

الشبهة

الشبهة هنا ايضا لنقصان الحرز فيما يوجد جنسه مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب
فيه عطفا على قوله الا ترى ان الخشب يلقى على الابواب يعني ان جميع الناس كانوا فيه سواء
قبل وجود يد الاختصاص لواحد منهم فبعد وجود الاختصاص او وثت تلك الشركة شبهة
لان الشيء على صورته كما كان لم يتغير بصنعة متجددة فصار كالمال المشترك والغنيمة فلم
يجب القطع للشبهة **قوله** ويدخل في السمك المالح والطري اي يدخل في اطلاق
القدوري لفظ السمك رطبه ويابسه وهو المالح المقدد نص الكرخي على ذلك فقال سمك طري او
مليح ولا يلتفت الى قول الزاجر فيهما المالح والطري اذ الكل يؤكل ولا يدخر كذا قال
ابن حديد **قوله** والطير الدجاج والبط والحمام اي يدخل في اطلاق القدوري لفظ الطير
الدجاج والبط والحمام يعني لا قطع في سرقة الطير اصلا قال في شرح الطحاوي ولا قطع على
سارق الطير سواء كان صيد البر او صيد البحر وقال في الجامع الصغير رجل سرق طيرا يساوي عشرة
دراهم لا يقطع قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه قال بعضهم
اراد به الطاير الذي يكون صيدا سوى الدجاج والبط فيجب فيهما القطع لانه بمعنى الاهلي
وقال بعضهم لا يجب القطع في جميع الطيور وهذا القول اصح ثم قال وذكر في كتاب المجرد لو سرق
شيئا من الدجاج او البط او الحمام لا يجب القطع **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله والطير
يطير فيفر يعني ان الطيران والفرار دليل على نقصان الحرز فلم يقطع لهذا لانه
صار كالشيء الذي لا يبقى **قوله** ولا طلاق قوله عليه السلام لا قطع في الطير رواه
البيهقي عن عثمان وعلي رضي الله عنهما وفي اسناده الى النبي صلى الله عليه وسلم نظر **قوله**
والحجة عليهما ما ذكرناه اي الحجة على ابي يوسف والشافعي ما ذكرناه من حديث
عايشة رضي الله عنها **قوله** ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم
والفواكه الرطبة قال القدوري في مختصره وعن ابي يوسف ان عليه القطع وبه قال الشافعي
كذا في شرح الاقطع لانه يتمول وروى في شرح الاثار ان رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن التمر المعلق
فقال لا قطع فيه الا ما اواه الجرين وبلغ ثمن المجن ففيه القطع فما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة
مثليه وجلدات نكال وروى في الصحيح البخاري عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لعن الله

السارق يسرق البيض فيقطع يده ولنا ما روي في السنن مسندا الى رافع بن خديج انه سمع رسول الله
صلى الله عليه يقول لا قطع في ثمر ولا كثر وروى الحاكم الشهيد في الكافي عن الحسن البصري قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع في طعام والمراد من الطعام الذي لا يبقى ويسارع اليه الفساد
وما في معناه نحو كاللحم والثمر بدليل وجوب القطع في الحنطة والسكر بالاجماع والجواب
عما رواه ابو يوسف فنقول المراد ثمار دلته الجرين الفواكه اليابسة اجرا الكلام على وفاق
العادة ففيها القطع في الرواية المشهورة عن ابي حنيفة وعنه انه لا قطع فيها ايضا ذكره
القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وفسر البيضة ببيضة الحديد لا ببيضة الطير لانها لا تبلغ
نصابا في العادة وهذا التفسير روي عن الاعمش في الصحيح البخاري قال ابو عبيد الكثر جمار النخل
في كلام الانصار وهو الجذب ايضا وقال ابن دريد اهل العراق يسمون الجمار الجذب وقال صاحب
الهداية وقيل الودي والودي هو الفسيل وهو صغار النخل فاقول تفسير الجمار بالودي
لم يثبت في قوانين اللغة والجمار شحم النخل كذا ذكره صاحب ديوان الادب وهو شي ابيض
اخضر يؤكل مثل لسان الثور وقال ابو عبيد في كتاب غريب الحديث الجرين هو الذي يسميه
اهل العراق البيدر واهل الشام الاندر واهل البصرة الجوخان ويقال له ايضا بالحجاز
المربد وقال في المغرب الجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه
جرن وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منحره والجمع جرن فجران يسمى جرينا
الجران متخذ منه قوله والمراد والله اعلم ما يتسارع اليه الفساد اي المراد من
الطعام المذكور في قوله عليه السلام لا قطع في الطعام قوله كالمهيا للاكل نظير قوله
ما يتسارع اليه الفساد والمهيا للاكل وما في معناه اي في معنى المهيا للاكل وهو عطف
على قوله كالمهيا وقوله كاللحم والتمر نظير لقوله يتسارع اليه الفساد وقوله كالمهيا للاكل
وقوله التمر نظير قوله معناه قوله وفي القطع اي في اليابس من التمر قوله قال ولا قطع
في الفاكهة على الشجر والزرع الذي لم يحصد هذا من مسائل القدوري وذلك لقوله
عليه السلام لا قطع في ثمر ولا كثر ولانه يتسارع اليه الفساد فكان في معنى ما ليس متقوما ولان
شرط القطع هنالك الحرز ولم يوجد الحرز قال في شرح الطحاوي ولا يقطع سارق الحنطة
في سنبلها

في سنبلها لان هذا مال ظاهر غير محرز فاذا كان محرزا فيقطع الا اذا كان في عام السنة لا يقطع
لانه سرق مسا ولا بلا هنا لفظ يعني اذا كان في عام القحط لا يقطع سارق الحنطة وان كان
محرزا لانه تاول دفع ضرورته المخمصة وقد جاء في الحديث عن عمر رضي الله عنه لا قطع في عام سنة
ولا في عذق معلق قوله ولا يقطع في الاشربة المطربة هذا لفظ القدوري في مختصره
ويقال اطربه فطرب والطرب انسان خفة تصيبه لفرح او حزن قال الشاعر واراني طربا في
اثرهم طرب الواله او كالمختبل كذا انشده ابن دريد المراد منها الاشربة المسكرة وبذلك
صرح فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وانما لم يقطع منها لان بعضها حرام
كالخمر فيتناول لسارقها التاويل فيها وبعضها اختلف في اباحته فيكون ذلك شبهة في سقوط القطع
لان الاختلاف في اباحته يورث شبهة في عدم المالية قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع
الصغير في باب الاشربة ما يتخذ من الحنطة والشعير والعسل والذرة حلال في قول ابي حنيفة
حتى لا يحد وان سكر في قوله وروي عن محمد انه كل حرام يجب الحد بالسكر والسابقة
يعرف في باب الاشربة وقال في سرقة الاصل يقطع في الخل ونقل الناطفي من كتاب المجرد
وقال ابو حنيفة لا قطع في الخل لان الخل قد صار خمرا مرة وفي نوادر ابي يوسف رواية
عن الحد لا قطع في الرب والجلاب قوله ولا في الطنبور هذا لفظ القدوري في مختصره قال
في شرح الطحاوي لا قطع على سارق الملاهي كالدف والطبل والمزمار وغيرها لانه لا ضمان
على كاسرها عند ابي يوسف ومحمد فاوجب تضعيفا في ماليتها فصار ذلك شبهة في سقوط القطع
وقال في الفتاوى الولوالجي رجل سرق طبلا للغزاة وهو يساوي عشرة تكلموا فيه والمختار
انه لا يقطع لانه كما يصلح للغزو يصلح للهو فتمكنت الشبهة قوله لانه من المعازف قال
في الجمهرة المعازف الملاهي فقال قوم من اهل اللغة هو اسم يجمع العود والطنبور واشباههما
وقال آخرون بل المعازف التي اخرجها اهل اليمن الى هنا لفظ ابن دريد فيها قوله ولا في
سرقة المصحف وان كان عليه حلية هذا لفظ القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا
يقطع على سارق المصحف وان كان مفضضا كذا ذكره الطحاوي في مختصره ايضا وهذا ظاهر الرواية كانع
عن اصحابنا وروي عن ابي يوسف في الاملاء يقطع سارق المصحف وبه اخذ الشافعي وروي عن ابي

يوسف رواية أخرى أنه يقطع إذا بلغت الحلية نصابا وعن أبي يوسف أنه مال محرز يباع ويشترى
فيجب فيه القطع وجه الظاهر أن المقصود ما فيه من القراءة ومعنى المالية فيه تبع لا مقصود
فكان إحراز المصحف لما فيه لا لأجل الجلد والأوراق والحلية والأخذ شأول النظر فيه والقراءة
فكانت لكن شبهة في سقوط الحد فإن قلت تجب القطع في الأوراق قبل الكتابة فبعدها أولى
لأنها ازدادت بها قيمة قلت الفرق بين الحالين ظاهر لأن الأوراق هي المقصودة قبل الكتابة
فبعد الكتابة صارت تابعة لما فيها ليس مالا كالقلادة تجب فيها القطع فإذا سرق كلبا
عليها القلادة لا يقطع لأنها صارت تبعا للكلب وكالآنية المؤنثة على النصاب وإذا سرقها
وفيها خمر لا يقطع **قوله** والغلاف توابع أي الجلد والأوراق والحلية توابع **قوله** ثم لا يجب الحد **قوله**
ولا يقطع في أبواب المسجد قال في الجامع الصغير لا يقطع من سرق أبواب المسجد وهي من الخواص
وذلك لأنها ليست محرزة الا ترى أنه لو سرق باب دار إنسان لا تجب فيه القطع وإنما تجب فيه الضمان
فههنا أولى أن لا تجب لأن باب الدار محرز بما فيها أما باب … فلا يقطع سارق
متاع المسجد لأنه لا يخاف من الدخول فيه كساير الناس **قال** فخر الإسلام في شرح الجامع الصغير
فإن اعتاد هذا الفعل أي سرقة أبواب المسجد فيجب أن يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى يتوب
قوله ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد وهذا لفظ القدوري في مختصره أي لا
قطع في هذه الأشياء وإن كانت من ذهب وبه صرح القدوري في شرح مختصر الكرخي وإنما لا يقطع
أخذها لأن فيها للكسر ولا يتأول له ذلك نهيا عن المنكر ويضمن مثل ذهبه … الخلاف …
عليها تأويل إذا سرقها من حرز تجب القطع لأنها ليست معدة للعبادة ولا للهو وعن أبي يوسف
أن الصليب إن كان في مصلاهم لا يقطع لأنه بيت بإذن في دخوله وإن كان في بيت رجل منهم في حرز
يجب قطع لأن الذهب والفضة في نفسه يجب القطع والصنعة لا تؤثر في إسقاط القطع
فيبقى الموجب بحاله كذا ذكر القدوري في شرحه والصليب في … مثلث يعبده النصارى الصليب
في شعر أي جواشن الهذلي يعني وذلك الميتة فالجرية ناهض في رأس نيق ترى لعظام
ما جمعت صليبا والشطرنج بكسر الشين على وزن قرطعب المراد من الصلا موضع صلاتهم **قوله**
ولا قطع على سارق الصبي الحر وإن كان عليه حلي وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا ظاهر
الرواية

الرواية عن أصحابنا ولهذا لم يذكر الخلاف الحاكم الشهيد في الكافي وكذا لم يذكر شمس الأئمة
البيهقي في الشامل في قسم المبسوط وصرح صاحب المختلف بأنه ظاهر الرواية أيضا وروي
عن أبي يوسف يقطع في هذا … لصاحب الهداية وعن أبي يوسف يقطع إذا كان
عليه حلي هو نصاب … قوله قال أبو يوسف يقطع وجه تلك الرواية أنه سرق ما يجب
فيه القطع وما لا يجب فيه القطع فاعتبر … ما لا يجب فيه القطع إلى ما يجب فيه القطع لا يسقط
القطع كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوي نصابا وفيه عشرة دراهم مصرورة ثم وجه
الظاهر أن الصبي هو المقصود بالأخذ … عليه لأنه تبع فإن كان المقصود ما عليه
لا أخذه وترك الصبي فلما لم يفعل ذلك علم أن المقصود هو الصبي فلا تجب فيه القطع لعدم المالية
فإذا لم تجب القطع في المقصود لا تجب في التبع على أن نقول إن الصبي … وحده
إلا من توضعه أو أراد إسكاته وجوابه عن قياس أبي يوسف بأنه إذا علم الدراهم يقطع وإن لم يعلمها
فلا يقطع نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي لأن المقصود في الأول الدراهم وفي الثاني الثوب **قوله**
وإن كان عليه حلي بفتح الحاء وسكون اللام على وزن ظبي كل ما يلبس من الذهب أو الفضة أو جوهر وقد
جمع حلي بضم الحاء أيضا وليس بقياس **قوله** حلي هو نصاب الحلي ههنا مفرد بدلالة إفراد الضمير
وتذكيره بسرقته أي بسرقة الحلي الذي هو نصاب وكذا في غيره أي فكذا يقطع إذا كان الحلي
مع غيره ونحو الصبي **قوله** والمملوك صبي لا يمشي ولا يتكلم كيلا يكون في يد نفسه وذلك
لأن الصبي إذا كان يتكلم ويمشي يكون في يد نفسه فحينئذ لا يقطع اللص اتفاقا وبه صرح البيهقي في
كفايته **قوله** ولا قطع في سرقة العبد الكبير وهي من مسائل القدوري قال الحاكم الشهيد في
الكافي وإن سرق صبيا صغيرا مملوكا لا يعقل قطع فيه في قول أبي حنيفة ومحمد وقال
أبو يوسف استحسن أن لا أقطعه وإن كان يعقل ويتكلم لم يقطع فيه في قولهم جميعا لأنه غصب
أو خديعة إلى هنا لفظه رحمه الله أنه آدمي من وجه فصار كونه آدميا شبهة في سقوط
القطع كالعبد الكبير ولهما أن الحقيقة السرقة وهي أخذ مال متقوم خفية من حرز لأنه
ليس قاصد للحفظ وقد وجدت فيجب القطع لأنه لا يد له على نفسه كالبهيمة بخلاف
ما إذا كان يعقل ويتكلم فإنه في يد نفسه وسرقته ليست بسرقة في الحقيقة بل غصب أو خداع

ولا تقطع في ذلك **قوله** الا اذا كان يعبر عن نفسه استثناء من قوله يقطع يعني لا يقطع اذا
كان معبرا عن نفسه بان يعقل ويتكلم اتفاقا **قوله** اذ لو عرض انه يصير منتفعا به يعني ان
العبد الصغير والمال الكون منتفعا به قبل الانفكاك انتفاع ويمشي واما الكون بعرض انه سيصير
منتفعا به لكان لا يتكلم ولا يمشي في الحال والعرض يعني المانع يقال عوض لعرض اي علم انه
عارض من مرض ونحو ذلك **قوله** ولا تقطع في الدفاتر كلها هذا لفظ القدوري ولا قطع في الدفاتر
كلها الا في دفاتر الحساب وعند القدوري في شرحه ذكر في وصف يقطع والمراد بالدفاتر صحايف
فيها كتابة من فقه او **شعر** او حديث او تفسير وغير ذلك انما لم يجب القطع في سائر
الدفاتر لان المقصود من اخذها ما فيها لا نفس الاوراق وما فيها ليس بمال ليجب القطع في
غير المال بخلاف دفاتر الحساب وهي دفاتر اهل الديوان حيث يقطع فيها اذا بلغت نصابا
لان المقصود من اخذها الاوراق لا ما فيها فيجب القطع لان الاوراق مال **قوله** قال ولا في سرقة
كلب ولا فهد اي قال القدوري في مختصره لا قطع في سرقتهما لان جنس ذلك يوجد مباحا تافها
في دار الاسلام ولا قطع في التافه ولانه ما فيها لا يجوز بيعهما
عند الشافعي فكان المقصود شبهة في سقوط القطع **قوله** ولا قطع في دف ولا طبل ولا
بربط ولا مزمار وهذه من مسايل القدوري الا انه لم يذكر في مختصره البربط وقال في الجامع
الصغير قال ابو حنيفة في الذي يسرق بربطا او طبلا لا يقطع وهذه كلها الات اللهو والمعزوف
والدف بضم الدال وفتحها جميعا كذا في ولا قطع في هذه الاشياء باتفاق اما عندهما فلانه
لعدم التقوم ولهذا لا ضمان على متلفها عندهما واما عند ابي حنيفة وان كان يجب الضمان لغير
الملاهي فلا قطع على سارقها لان له ان يتاول في الاخذ الكسر نهيا عن المنكر وفي طبل الغزاة
اختلاف المشايخ والاصح انه لا يقطع لان صلاحيته للهو صارت شبهة وقد مر عند ذكر
الطيور **قوله** ويقطع في الساج والقنا والابنوس والصندل هذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لان هذه الاشياء لا توجد مباحا في دار الاسلام في الحرز وتعد من اعز الاموال وانما توجد
مباحة في دار الحرب ولا يكون ذلك شبهة في سقوط القطع كسائر الاموال من الدراهم والدنانير
مباحة في دار الحرب ومع هذا يقطع فيها في ديارنا والساج نوع من الشجر معروف يجلب من بلاد
الهند

الهند الى سائر البلاد والقنا جمع قناة وهي خشبة الرمح الفها منقلبة من الواو والابنوس
بفتح الباء معروف وهو معرب **قوله** ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد
وهذه من مسايل الجامع الصغير قال الحاكم الشهيد في الكافي ويقطع في اللؤلؤ والياقوت
والزبرجد والفيروزج ولا يقطع في الزجاج قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر هشام
عن محمد انه لا يقطع في اللؤلؤ والياقوت ونحو ذلك لان اصله مباح كالرمح ونحوه وجه
الظاهر انها اموال نفيسة ليست توجد في دار الاسلام مباحة بصورتها غير مرغوب
فيها فصارت كالذهب والفضة وانما لا يقطع في الزجاج لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقص المالية
هذا هو ظاهر الرواية في الزجاج وذكر في شرح الاقطع رواية اخرى عن ابي حنيفة
ان فيه القطع كالخشب اذا اعمل منه اواني وابواب **قوله** واذا اتخذ من الخشب اواني وابواب
قطع فيها هذا لفظ القدوري في مختصره يعني بالخشب ما ليس فيه قطع فاذا اتخذ من الخشب
الذي لا قطع فيه اواني كالقصاع ونحوها او ابواب فسرقت من حرز يجب القطع فيها وذلك
لان الصنعة الغالبة اخرجته من حكم اصله فالتحق بالاموال النفيسة بخلاف البواري والاجر
والفخار حيث لا يجب القطع فيها لان البواري من القصب والاجر والفخار من الطين لم تغلب
الصنعة فيها على قيمتها ولهذا يلقى ويبسط الاجر والبواري غير الحرز بخلاف الحصر البغدادية
حيث يجب القطع فيها اذا بلغت نصابا بالغلبة الصنعة ثم انما يجب القطع في الباب
اذا سرق من حرز اما اذا سرق وهو مركب على الجدار فلا قطع فيه لانه ليس بمحرز والى
هذا اشار الحاكم في الكافي بقوله ويقطع في الساج وفي الابواب المعمولة اذا سرقت من حرز
وقد كان صرح قبل هذا اذا سرق باب دار او مسجد لم يقطع لانه ظاهر ليس بحرز قال صاحب
الهداية وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب في سرقته
اي انما يجب القطع في الباب اذا كان خفيفا لا ثقيلا وفيه نظر لان عدم الرغبة في سرقته بواسطة
الثقل لا يورث نقصانا في المالية ولا في الحرز فاذا حصلت سرقة مال متقوم من حرز كامل
فيجب القطع ولهذا لم يفرق الحاكم بين الخفيف والثقيل بل اطلق الرواية وكذلك اطلقوا الرواية
في نسخ الجامع الصغير وشروحها وكذا القدوري اطلق في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي

ايضا وكذا اطلق في الشامل في قسم المبسوط **قوله** ولا قطع على خاين ولا خاينة هذا لفظ القدوري
في مختصره قال فيه ولا قطع على خاين ولا خاينة ولا نباش ولا منتهب ولا مختلس الخاين والخاينة
اسم فاعل وفاعلة من الخيانة وهو ان ياخذ المودع الشي المامون والانتهاب ان ياخذ الشي
علانية قهرا من بلده او قرية والاختلاس الاختطاف وهو ان ياخذ الشي بسرعة والاسم الخلسة
وفي المثل هي الخزيا والخلسة ولا خلاف في هذه الجملة الا في النباش وسنذكره ان شا الله تعالى
وانما لم يجب القطع فيها لما روي في السنن والجامع الترمذي مسندا الى رسول الله صلى الله عليه
قال ليس على خاين ولا منتهب ولا مختلس قطع رواه جابر بن عبد الله ولان الحرز قاصر في الخيانة
فكان شبهة في سقوط القطع وفي الانتهاب والاختلاس لم يوجد معنى السرقة وهو
الاخذ على الخفية فلا يثبت فيها حكم السرقة واما النباش فلا قطع عليه عند ابي حنيفة
ومحمد ويقطع عند ابي يوسف وقال حماد بن ابي سليمان يقطع النباش لانه حصل على الميت
ستذكره في السنن وقال مالك في الموطا اذا بلغ ما اخرج من القبر ما يجب فيه القطع قطع وقال
الشافعي لا قطع على النباش في تربة ضايعة ويقطع اذا سرق الكفن من قبر قريب
محرز بحرز من مقابر البلاد وجهان وحيث يجب في الثوب الموضوع مع الكفن والمكفون
زيادة على الشرعي وجهان ثم الكفن للوارث فهو الخصم في السرقة وان كفنه اجنبي فله
المطالبة للاجنبي وقال احمد بن حنبل اذا اخرج النباش الكفن [illegible] قيمته ثلاثة دراهم قطع
لهم ما روي عن عايشة انها قالت سارق امواتنا كسارق احيائنا وروي عن النبي
عليه السلام انه قال من نبش قطعناه ولانه مال ماخوذ عن خفية من حرز فيقطع
فيه كما في الطرق وهذا لانه يعتبر حرز كل شي بحرز مثله وهو ما يحفظ فيه عادة ولهذا كان
الصندوق حرز الدرهم وكان الاصطبل حرز الدابة فيكون القبر حرزا للكفن **ولنا** ما روى
محمد بن الحسن في الاصل قال بلغنا عن ابن عباس وعامة اصحاب النبي صلى الله عليه ان مروان
سالهم عن ذلك فلم يبينوا له فيه شيا فعزره اسواطا ولم يقطعه فعلم بذلك ان قطع النباش
ليس بثابت عن رسول الله صلى الله عليه فلو كان ثابتا لبينه الصحابة حين سالهم مروان
ولم تختلف عليهم مع كثرتهم ولان الكفن ليس بمملوك لاحد لا محرز ولا قطع في لحد غير المحرز
فلا يكون

فلا يكون في اخذ الكفن قطع بيان انه ليس بمملوك لو كان مملوكا لا يخلو اما ان كان
مملوكا للميت او للوارث وكلاهما باطل فلا يكون مملوكا وهذا لان المورث مناف للمالكية
والوارث لو نبش القبر واخرج الكفن يقطع عند الشافعي فلو كان مملوكا له لم يقطع لان
الانسان لا يقطع في ملك نفسه وبيان انه ليس بمحرز لو كان القبر حرزا لوجب القطع في مال
اخر موضوع فيه فعلم انه ليس بحرز فاذا انتفى الحرز انتفى كونه محرزا لانه محال ان يكون
محرزا بلا حرزه وقد ثبت الاجماع على كون الحرز شرطا لوجوب القطع وكذا كون المسروق مملوكا
شرط وقد انتفيا جميعا فينتفي المشروط لا محالة ولان النبش جناية نادرة ينفرد عنها
الطباع السليمة والكفن شي تافه لا يميل اليه الطباع المستقيمة والسرقة جناية غالبة الوجود
يميل اليها طباع الناس ونفوس البشر لولا المعنى المانعة والزاجر الشرعي فلا يجوز اثبات
حكم السرقة في النبش بالقياس لعدم المماثلة بينهما لوجود الفارق بخلاف اللواطة لان الحكم اذا ثبت
في الادنى بطريق الزجر يثبت في الاعلى بطريق الدلالة بالطريق الاولى كما ثبتت حرمة الشتم والضرب
والقتل بما ثبت حرمة التافيف على انا نقول ترده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا قطع على المختفي
وهو النباش بلغة المدينة قال في ديوان الادب اختفاه اي اخرجه ومنه المختفي اي النباش
لانه يستخرج الاكفان وقولهم ان الكفن محرز بما هو ما يحفظ فيه عادة لا نسلم
ان الكفن وضع في القبر لحفظ الكفن بل الستر عورة الميت ليبقا الكفن فانه للبلى والتلف
لا محالة فاذا لم يبق الكفن وحفظه مطلوبا فكيف يكون محرزا فان **قلت النبش سرقة**
والسرقة تجب فيها القطع فيجب في النبش القطع قلت لا نسلم انه سرقة فان كان مع
اباها فلا يخلو اما ان كان لغة او شرعا فالاول منتف لان النبش بحث التراب والسرقة اخذ
مال الغير خفية في نومه او غيبته والثاني منتف ايضا لان الشرع لم يرد بان النبش سرقة على
انا نقول الاصل في كل اسم ان يختص بمسمى على حدة لا ان يتناول الاسمان على مسمى لان
الترادف خلاف الاصل فمن ادعى الترادف فعليه البيان وتسمية النباش سارقا في حديث
عايشة مجاز وتاويله لا يكذب الا ترى انها اضافت السرقة الى الميت فلا يخلو اما ان يكون
الميت مسروقا او مسروقا منه فالاول باطل لاستحالة سرقة الميت نفسه وكذا الثاني

لان الميت ما كان يتربص لحفظه حتى ياخذ النباش منه خفية فلو قال قايل ان فلانا سرق من الميت كذا يتعجب من كلامه ويضحك عليه ويسخر منه ولا ادري كيف احتج الشافعي بقول عايشة وتعليق الصحابي ليس بواجب عنده والجواب عن الحديث الاخر قلنا ذلك محمول على السياسة بدليل ما روي في ذلك الحديث من قتل عبده قتلناه ومن جدع انفه جدعناه فذلك سياسة فكذا هذا وقيل انه ليس بمرفوع وهو الصحيح **قوله** وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح يعني ان الصحيح ان النباش لا يقطع ايضا عند ابي حنيفة ومحمد اذا اخذ الكفن من قبر في بيت مقفل يقال اقفلت الباب وقفلت الابواب لان التفعيل للتكثير كما يقال اغلقت الباب وغلقت الابواب **قوله** وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت يعني لا يقطع ايضا عندهما **قوله** لما بينا اي لما بينا من الحديث والدليل المعقول في الحديث قوله عليه السلام لا قطع على المختفي والمعقول هو قوله لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث **قوله** ولا يقطع السارق من بيت المال هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا من مال للسارق فيه شركة وانما لم يقطع في مال بيت المال لانه مال عامة المسلمين والسارق منهم فيكون له فيه حق فيتمكن القصور في الحرز في حقه فيسقط القطع لشبهة قصور الحرز على ما مر في اول الباب وفي المال المشترك لا يجب القطع ايضا لان القطع لا يثبت بالشبهة والملك من اقوى الشبهة ولهذا لا يجب حد الزنا بوطء الامة المشتركة **قوله** ومن له على الاخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه رجل له على رجل دراهم فسرق منه مثلها لا يقطع وان سرق عروضا قطع وسرقة الدراهم من الخواص وهذا لان له ان ياخذ مثل دراهمه بالاجماع لحديث هند امراة ابي سفيان قالت يا رسول الله ان ابا سفيان رجل شحيح وليس يعطيني ما يكفيني وولدي الا ما اخذت منه وهو لا يعلم فقال عليه السلام خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف فاذا كان له حق الاخذ صار مستوفيا لدينه ولهذا ليس لصاحب المال ان يسترد ذلك فاذا كان مستوفيا لدينه لا يقطع لان الانسان لا يقطع في اخذ حقه بخلاف ما اذا اخذ عروضا مكان الدراهم حيث يقطع لانه ليس له ان يستوفي العروض مكانها ولهذا اذا اسلم اليه المديون العروض له ان يمتنع من ذلك بخلاف تسليم الدراهم حيث

حيث يجبر فظهر الفرق بين جنس الحق وغيره وقال في كتاب السرقة فان قال انما اردت ان اخذ العروض رهنا بحقي او قضاء بحقي درئ عنه القطع وذلك لان فيه خلافا فعند ابن ابي ليلى له ان ياخذ خلاف جنس حقه لوجود المجانسة من حيث المالية وباخذ الشافعي واختلاف العلماء اورث شبهة فيدرئ الحد وهذا ظاهر الرواية عن اصحابنا وروي عن ابي يوسف انه لا يقطع في العروض ان يدعي الاخذ لحقه لكون اختلاف العلماء شبهة وجوابه لا دليل ظاهر يستند اليه هذا القول فلا بد من الدعوى لتتقوى الشبهة بالظن في موضع الخلاف ثم لا فرق بين المؤجل والمعجل استحسانا لوجود السبب للاخذ وهو ملك الدين ويقطع قياسا لانعدام الاطلاق في الاخذ قبل المطالبة في الحال ذكر القدوري القياس والاستحسان في شرحه وعند الشافعي ان لم يكن الغريم ماطلا لا قطع وان كان ماطلا لا يقطع وكذا لا يقطع عندنا اذا سرق من جنس حقه زيادة على حقه لانه اذا لم يجب في البعض لا يجب في الباقي لثبوت الشركة وان كان حقه دراهم فسرق دنانير يقطع كذا ذكر القدوري في شرحه لانها لا يصير قصاصا لحقه فليس له ان ياخذها وقيل لا يقطع للمجانسة بينهما من حيث الثمنية وكذا القطع اذا سرق حليا من فضة وحقه دراهم لانه لا يصير قصاصا بحقه بل يصير بيعا مبتدا ولو سرق المكاتب او العبد من غريم المولى قطع الا ان يكون المولى وكلهما بالقبض فحينئذ لا يجب القطع لان حق الاخذ لهما ولو سرق من غريم ابيه او غريم ولده الكبير او غريم مكاتبه او غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع والمسايل مذكورة في شرح القدوري والفتاوى الولوالجي وغيرهما **قوله** ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم سرقها وهي بحالها لم يقطع وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال زفر يقطع وعن ابي يوسف مثله وهو قول الشافعي كذا في شرح الاقطع لما قوله عليه السلام وان عاد فاقطعوه ولان العين بعد تقومه بالرد الى المالك ولهذا يضمن السارق اذا اتلفه بعد الرد بالاتفاق فصار سرقة مال متقوم من حرز لا شبهة فيه فيقطع كما لو سرق غيره او سرقه هو من غيره او سرقه هو بعد ان اشتراه المالك منه بعد تمليك المالك اياه **ولنا** ان وجوب القطع يتعلق بفعل السرقة وايقاعه على العين في الفعل الواحد في العين لا يتكرر في القطع بالاتفاق فينبغي ان لا يتكرر

القطع اذا تكرر الفعل في عين واحدة ولانه حد لا يستوفى الا بالخصومة فلا يتكرر بالخصومة من واحد في محل واحد كحد القذف ولان القطع اوجب سقوط عصمة المحل في حق السارق لانتقال العصمة الى الله تعالى في الرد اذ عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة سقوطها لبقاء اثر القطع لاتحاد المالك والمحل فيسقط الحد للشبهة بخلاف ما اذا سرق غيره لانتفاء الشبهة في حقه وبخلاف الصورتين الاخريين لان تبدل الملك يوجب تبدل العين حكما لم يبق اتحاد المحل الا ترى الى ما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لبريرة رضي الله عنها لك صدقة ولنا هدية ولان تكرار الجناية بعد قطع اليد نادر والمقصود من القطع تقليل الجناية ومع وجود الندرة لا حاجة الى التعليل كما اذا قذف شخصا فحد ثم قذفه بعين ذلك الزنا لا يحد ثانيا فكذا هنا والجواب عن الحديث فنقول قد طعن فيه الكرخي فقال حفظنا الحا الاحاديث مع الحفاظ فلم نجد الا و نقول انه محمول على ما اذا تبدل المحل لان العود الى فعل السرقة في المحل الذي قطع فيه متوقف في غاية الندرة وكلام الشارع لا يحمل على النادر بل على الغالب او هو محمول على السياسة بدليل انه قال في المرة الخامسة فان عاد فاقتلوه فان قلت حد السرقة خالص حق الله كحد الزنا فاذا حد الزاني ثم زنى بتلك المزنية يحد ثانيا فينبغي ان يقطع اللص ثانيا وان الحد الحد كما في الزنا قلت في صورة الزنا المستوفى غير المستوفى في المرة الاولى لان الاولى تلاشى والمسروق هو بعينه في المرة الثانية فتكرر الحد في الزنا دون السرقة ولان الحرمة في الزنا ارتفعت اصلا والعصمة في السرقة انتقلت الى الله تعالى فان عادت بالرد بقيت الشبهة فحد في الزنا ثانيا دون السرقة **قوله** ولان الثانية اي السرقة الثانية كالاولى اي كالسرقة الاولى **قوله** باعه المالك اي باع المسروق اشتراه منه اي من السارق ثم كانت السرقة اي وجدت السرقة **قوله** على ما نعرف من بعد اشارة الى قوله عليه السلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه قبيل باب ما يحدث السارق في السرقة قريبا من صفحة **قوله** بخلاف ما ذكر اي ذكر ابو يوسف وهو قوله كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه **قوله** لان الملك يختلف باختلاف سببه وذلك لان اختلاف الاسباب بمنزلة اختلاف الاعيان كما عرف في حديث بريرة **قوله**

ولان

ولان تكرار الجناية منه نادرة وهذا دليل ثاني عطف على قوله لنا ان القطع اوجب سقوط عصمة المحل **قوله** فتعرى الاقامة عن الفائدة اي اقامة الحد **قوله** كما اذا قذف الحد في القذف المقذوف الاول معناه اذا قذفه بعين ذلك الزنا **اما** اذا قذفه بغير ذلك الزنا يحد ثانيا كذا ذكر الامام البرغري **قوله** فان تغيرت عن حالها مثل ان يكون غزلا فسرقه وقطع فيه ثم نسج فعاد فسرقه قطع اي قال القدوري في مختصره والاصل الذي هو موضع لا يتبدل العين فيه كان حالها لا يقطع ثانيا عندنا خلافا لزفر والشافعي فاذا تبدلت عن حالها كما لو كان قطنا فصار غزلا او كان غزلا فصار ثوبا يقطع بالاجماع لان العين تبدلها عن حالها صارت في حكم عين اخرى ولو سرق عينا فقطع فيها ثم سرق عينا اخرى يقطع ثانيا فكذا هنا ولهذا ينقطع حق المالك عن المغصوب بفعل الغاصب هكذا قال شرح الطحاوي واذا سرق ذهبا او فضة وقطع فيه ورد على صاحبه فجعله المسروق منه آنية او كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد فسرقه لا يقطع عند ابي حنيفة لان العين لم تتغير عنده حتى لم يملكه الغاصب وقالا لا يقطع لان العين قد تغيرت عندهما وقال في كفاية البيهقي سرق ثوبا فخاطه ثم رد فنقض فسرق المنقوض لا يقطع لانه لا ينقطع حق المالك لو فعله الغاصب فلم يصر في حكم عين اخرى **قوله** والقطع فيه بالحد مغطوف على قوله من اتحاد المحل يعني لما تبدل المحل بان كان ثوبا بعد ان كان غزلا انتفت شبهة سقوط العصمة التي نشأت من اتحاد المحل ووجود القطع في ذلك المحل فصار في حكم عين اخرى فيقطع ثانيا

فصل في الحرز والاخذ منه

لما فرغ عن ذكر المسروق والذي يجب فيه القطع او لا يجب والمسروق هو المال شرع في بيان الحرز لان الحرز شرط وجوب القطع الا انه اخر ذكره لان الحرز امر خارج عن المال والحرز في اللغة الموضع الحريز وهو الموضع الذي يحرز فيه الشيء اي يحفظ في الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة او الشخص بنفسه والمراد من الحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا **قوله** ومن سرق من ابويه او ولده او ذي رحم محرم منه لم يقطع وهذا لفظ القدوري في مختصره **اما** قرابة الولادة فلا قطع فيها بالاجماع

لان للوالد له حق التمليك في مال ولده لقوله عليه السلام انت ومالك لابيك فيكون ذلك
شبهة في سقوط القطع والولد بينه وبين ابيه ولاد فلا يقطع في مال والده كما لو سرق
الاب من مال الابن ولان كل واحد منهم مأذون في الدخول في بيت الاخر فلا يتحقق هتك الحرز
فلا تجب القطع **واما** قرابة ذوي الارحام المحارم كالاخ والاخت والعم والخال ففيهما
خلاف فعندنا لا تجب القطع وعند الشافعي تجب القطع له ظاهر قوله تعالى والسارق
والسارقة فاقطعوا ايديهما ولان ملك احدهما مباين من ملك الاخر فيجب القطع لوجود
سرقته من حرز كامل **ولنا** ان القطع لا تجب الا باخذ المال وهتك الحرز لوجود الاذن
بالدخول فلا يبقى المال محرزا في حق السارق الا ترى الى قوله تعالى ليس على الاعمى حرج
ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على انفسكم ان تاكلوا من بيوتكم او بيوت
ابائكم او بيوت امهاتكم او بيوت اخوانكم او بيوت اعمامكم او بيوت عماتكم او بيوت
اخوالكم او بيوت خالاتكم او ما ملكتم مفاتحه او صديقكم فان **قلت** الاية يدل
على اباحة الاكل لا على اباحة الدخول **قلت** الاكل في البيت لا يكون الا بالدخول
فيه فدل على اباحة الاكل في البيت على اباحة الدخول فيه ومع اباحة الدخول لا يكون
الحرز ثابتا فان قلت لم يصح استدلالكم بهذه الاية وقد قال تعالى فيها او صديقكم
ومع هذا لو سرق من بيت الصديق يقطع **قلت** لما سرق ظهر انه لم يكن صديقا
بل كان عدوا بخلاف ما اذا سرق من اخيه او عمه او خاله حيث لا يتغير بالسرقة الاخوة او العمومة
او الخؤولة او القرابة بالسرقة فظهر الفرق والجواب عن انه سرقة فنقول انها
مخصوصة بالاجماع قد خص منها الصبي والمجنون وقرابة الولاد وغير المحرز ومال فيه
شركة السارق ونحو ذلك فلما كان كذلك قلنا هذا المال غير محرز في حق السارق لوجود الاذن
بالدخول فلا يقطع كما اذا سرق من المسجد **قوله** والثاني للمعنى الثاني اراد بقوله
والثاني من اذا سرق من ذي رحم محرم منه اي لا يقطع للمعنى الثاني وهو الدخول في
الحرز **قوله** ولهذا اباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة فيها اي في المحارم
ذكره ايضا حجة على اباحة الدخول في الحرز ويتطرق الرجل الى مواضع الزينة من محارمه

ثم موضع

ثم موضع الزينة اليد لانها موضع السوار والشعر لانه موضع القرنفل والعضد
موضع الدملوج والصدر موضع القلادة والساق موضع الخلخال ويعرف ذلك
في كتاب الكراهية ان شاء الله تعالى **قوله** خلاف الصديقين متصل بقوله لم يقطع
وهو جواب سؤال مقدر بان يقال الاذن بالدخول كما وجد في سائر المحارم وجد في
الصديقين ايضا ومع هذا اذا سرق احدهما من الاخر يقطع فقال الاذن في الدخول
للصديق لا للعداوة فلما سرق ظهر انه كان عدوا وليس بصادق في الدخول **قوله**
وفي الثاني خلاف الشافعي يعني في السرقة من ذي رحم محرم قال القطع ثم نبينه **قوله**
الحقها بالقرابة البعيدة اي الحق الشافعي في انه ذي رحم محرم كالاخ والعم والخال بالقرابة
البعيدة كابن العم ولا معنى لالحاقه اياها بها مع وجود الفارق لان القرابة القريبة يحرم
فيها المناكحة بخلاف قرابة ذي رحم محرم **قوله** وقد بيناه في العتاق اي بينا خلاف
الشافعي في مسئلة من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه **قوله** ولو سرق من بيت ذي الرحم
المحرم متاع غيره ينبغي ان لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع اي لو سرق مال
ذي الرحم المحرم من بيت غير ذي الرحم المحرم يقطع ذكرهما بين المسئلتين تفريعا لمسئلة القدوري
فقال في الدليل اعتبارا للحرز وعدمه اي يقطع في المسئلة الثانية لوجود الحرز ولا يقطع
في الاولى لعدم الحرز **قوله** وان سرق من امه من الرضاع قطع ذكره تفريعا لمسئلة القدوري
ايضا قال في شرح الطحاوي ولو سرق من امه من الرضاع او من اخته من الرضاع وجب القطع
وهذا هو ظاهر الرواية عن اصحابنا وروي عن ابي يوسف في شرح القدوري لا يقطع من سرق
من امه رضاعا لان بينهما انبساطا في دخول المنزل بلا حشمة بخلاف الاخت من الرضاع
لذلك لانه لا يدخل عليها بلا استيذان وحشمة عادة **وجه** الظاهر ان المحرمية بلا قرابة كالقرابة
بلا محرمية ثم القرابة اذا لم يكن المحرمية لا يسقط القطع بالاتفاق كما في ابن العم فكذا المحرمية اذا لم
يلزمه القرابة ولهذا يقطع اذا سرق من الاخت الرضاعية وانما كانت تلك المحرمية كذلك
القرابة لانها لا تحترم كذلك الا ترى ان لمس امه حرام على الزاني ومع هذا اذا سرق من بيت
امها يقطع والحشمة الاستحياء كذا في المغرب **قوله** واقرب من ذلك الاخت من الرضاعة اقرب

الى القياس ثم اذا ثبتت الحرمية بالزنا يعني ان السارق من الام من الرضاع يقطع كالسارق
من الاخت من الرضاع لان الحرمية في المقيس والمقيس عليه جميعا بالرضاع ولم يوجد الرضاع
في الحرمية بالزنا وان وجدت الحرمية بلا قرابة هنا وثم **قوله** وهذا لان الرضاع قلما
يشتهر فلا انبسوطة تحرزا عن مواقف التهمة بخلاف النسب وكان هذا وقع جوابا عن قول ابي يوسف
انه يدخل على الام من الرضاعة بلا استيذان حتى يعني بينهما انبساط في دخول المنزل فلا
يقطع فقال الرضاع قليل اشتهاره عادة فلا انبساط بينهما حينئذ لعدم اشتهار الرضاع
احترازا عن الوقوع في مواقف التهمة بخلاف الام من النسب فان النسب امر مشتهر
فالانبساط متحقق لا محالة **قوله** واذا سرق احد الزوجين من الاخر والعبد من
سيده او من امراة سيده او زوج سيدته لم يقطع وهذه مسئلة القدوري وكذلك اذا سرق
احد الزوجين من حرز خاص للاخر لا يسكنان فيه وهو قول الشافعي في المزني وقال
في بعض كتبه يقطع كل واحد بسرقة الاخر وله قول ثالث ان الزوج يقطع والمراة لا
يقطع ولنا ان لكل واحد من هؤلاء تبسطا في منزل الاخر والدخول فيه عادة بغير اذن فكان
الحرز ناقصا فلا يقطع فاشبه السرقة من المسجد وقد روي عن عمر رضي الله عنه انه اتي بغلام
سرق مراة لامراة سيده فقال ليس عليه شيء خادمكم سرق متاعكم ذكره مالك في الموطا
فاذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج اولى فان قلت احد الزوجين ربما احرز ماله عن الاخر قلت
نعم لكن لا يمنع ذلك التبسط في المنزل فيمتنع القطع لوجود التبسط كما اذا احرز الاب ماله
عن ابنه فسرقه الابن قال في شرح الطحاوي ولو سرق من بيت الاصهار والاختان قال ابو حنيفة
لا يقطع وقالا يقطع ولو سرق من بيت زوجة ابنه او بيت زوج ابنته او بيت زوجة ابيه او
بيت زوج امه ان جمعهما منزل واحد لم يجب القطع بالاتفاق فان كانا في المنزلين على حدة فعلى
الاختلاف الذي ذكرنا ولو سرق من امراته او امراة من زوجها ثم طلقها قبل الدخول بها
فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما ولو سرق من اجنبية ثم تزوجها لم يجب القطع
عليه سواء قضي بالقطع عليه او لم يقض في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال اذا قضي
عليه بالقطع يقطع يده ولو سرق من امراته المبتوتة او المختلعة ان كانت في العدة لم يجب القطع
وكذلك

وكذلك لو سرقت من بيت زوجها لا قطع عليها اذا كانت في العدة وان كانت منقضية العدة
يجب القطع الى هنا لفظ شرح الطحاوي **قوله** ودلالة وذلك لان المراة رضيت بتسليم
نفسها الى الزوج والنفس اعز من المال فكان ذلك دلالة على بذل مالها الذي دونها فيثبت التبسط
في المال دلالة **قوله** وهو نظير الخلاف في الشهادة يعني عندنا لا يقطع احد الزوجين في مال
الاخر كما لا يقبل شهادة احدهما في حق الاخر لاتصال المنافع بينهما عادة وعنده يقطع احدهما
في مال الاخر كما يقبل شهادة احدهما في حق الاخر في احد قوليه **قوله** ولو سرق المولى
من مكاتبه لا يقطع هذه مسئلة القدوري وذلك لان للمولى حقا في كسب المكاتب وقت في
الحال مملوكه للمولى فلا يتحقق السرقة ولان مال المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه لانه ان
ادى بدل الكتابة فماله له وان عجز عنه فهو للمولى ولا قطع في المال الموقوف على السارق
وعلى غيره كما اذا سرق احد المتبايعين ما شرط فيه الخيار وكذلك لا يقطع على المكاتب او المدبر
اذا سرق من المولى لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وكذا المدبر عبد ما لم يمت المولى ولا قطع على
العبد في مال سيده لما بيناه قبيل هذا **قوله** وكذلك السارق من المغنم وهذه مسئلة القدوري
وقال في شرح الطحاوي ولا قطع على من سرق من الغنائم واطلق الرواية كما اطلق الرواية في مختصر
القدوري وينبغي ان يكون المراد من السارق من الغنيمة من له نصيب في الغنيمة في اربعة
الاخماس او في الخمس كالغانمين واليتامى والمساكين وابن السبيل اما غيرهم فلا نصيب له في
الغنيمة فينبغي ان يقطع لانه سرق مالا مستتما لا حق له فيه من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخلاف
السارق من بيت المال فانه معد لمصالح عامة المسلمين وهو منهم فصار كالشركة للسارق فلا
يقطع اللهم الا ان يقال ان مال الغنيمة مال مباح اخذه الاصل لكل واحد وهو يعد على صورته
التي كان عليها ولم يتغير فصار دعواه على صورته شبهة فيسقط القطع والمغنم الغنيمة **قوله**
وهو ما روي عن علي رضي الله عنه درءا وتعليلا وهو ما روي في المبسوط ان عليا رضي الله عنه
اتي بسارق من الغنيمة فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا وتعليلا هو ما روي
في المبسوط ان عليا رضي الله عنه اتي بسارق من الغنيمة فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه
نصيبا وتعليل علي رضي الله عنه يدل على ما قلنا **قوله** قال في الحرز على نوعين حرز

لمعنى فيه كالدور والبيوت وحرز بالحافظ اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الحرز شرط
وجوب القطع لما روي عن رسول الله صلى الله عليه انه قال لا قطع في ثمر معلق ولا في حريسة
الجبل فاذا اواه المراح او الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ذكره مالك في الموطا وقد روى
الطحاوي في شرح الاثار ان رسول الله صلى الله عليه سئل عن الثمر المعلق فقال لا قطع فيه
الا ما اواه الجرين وبلغ ثمن المجن ففيه القطع وقد اوجب رسول الله صلى الله عليه في المحرز
لا في غيره فيكون الحرز شرطا ولان الاجماع انعقد على شرط الحرز ولهذا لم يجب القطع
في الانتهاب والاختلاس والثمر على رؤس الشجر والحيوان في المرعى والثوب في انبسط
للتجفيف على ظهر حائط الى السكة ولان معنى السرقة هو الاخذ على سبيل الاستسرار ولا
يوجد اذا لم يوجد الحرز ثم الحرز على نوعين حرز بالمكان كالبيت في الدار والحانوت في
الخيمة والجرين وحرز بالحافظ وقد روى الزهري ان صفوان بن امية نام في المسجد
وتوسد رداءه فجاء سارق فاخذ رداءه فاخذ السارق فجاء به الى النبي صلى الله عليه
فامر به رسول الله صلى الله عليه ان تقطع يده ذكره مالك في الموطا والسنن ايضا فعلم ان
رسول الله صلى الله عليه اعتبر الحرز بالحافظ ثم الحرز بالمكان لا يعتبر فيه الحرز بالحافظ
لان الاول اقوى لان المكان يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال مختفيا به والاخفاء لا يوجد
في الحافظ ❀ فكان ذلك اصلا وهذا فرعا فلا اعتبار للفرع مع وجود الاصل حتى لو سرق
من الحمام نهارا وصاحبه عنده لا يقطع لان الحمام حرز في نفسه صالح لصيانة المال فيه
ولهذا اذا سرق منه ليلا يقطع فلما كان حرزا في نفسه لم يلتفت الى وجود الحافظ فكان
المنظور اليه هو الحمام في كونه حرزا وقد اذن للناس بالدخول فيه نهارا فلم يقطع لنقصان
الحرز ولهذا يقطع السارق من البيت وان لم يكن الحافظ موجودا سواء كان البيت
له باب الا انه مفتوح او لم يكن له باب اصلا لان البناء لقصد الاحراز لكن هتك الحرز لا يكون
الا بالاخراج من المكان لا بمجرد الاخذ وفي الحرز بالحافظ يكون بمجرد الاخذ لزوال يد المالك بمجرد
الاخذ في الثاني وبالاخراج في الاول لان يد المالك قائم قبل الاخراج ثم الحرز بالمكان على نوعين
حرز يمكن دخول السارق فيه كالبيت فالم يدخل فيه ويخرج المال لا يجب القطع وحرز لا يمكن الدخول
فيه

فيه كالصندوق والجوالق الموضوع في موضع ليس بحرز اذا كان محرزا بصاحبه يجب القطع
به اذا ادخل يده فيه واخرج المال فيجعل كانه دخل فيه واخرج ثم ما كان حرزا لنوع كان
حرزا لكل نوع وهو الصحيح ذكره الكرخي في مختصره حتى لو سرق اللؤلؤ من الاصطبل او من حظيرة
الغنم يقطع وقال الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال بعض مشايخنا حرز كل شيء معتبر بحرز مثله
حتى لو سرق اللؤلؤ من هذه المواضع لا يقطع وهو قول الشافعي ولهذا قال الكرخي ومنهم الاصطبل
حرز للدواب لا للثياب ثم كل ما لا يكون حرزا بنفسه يكون حرزا بصاحبه في الصحراء او المسجد
او على الطريق سواء كان الحافظ يقظان او نائما ولو سوى كان المتاع تحته او بجنبه قريبا منه لان
النائم عند متاعه يعد في العرف والعادة حافظا له لا مضيعا قال الحاكم الشهيد في الكافي للسارق
ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق يقطع السارق قال في الفتاوى الصغرى
من اصحابنا من قال في هذا اللفظ اشارة الى انما يكون محرزا في حال نومه اذا كان تحت
جنبه وقال شمس الائمة السرخسي الصحيح انه يلزمه القطع بكل حال لان المعتبر الحفظ المعتاد
لا اقصى ما يتاتى ثم ايد هذا بالمودع والمستعير فقال الا ترى انهما لا يضمنان بمثل هذا مع انهما
يضمنان بالتضييع وهذا هو [illegible] قلنا في فصل الراعي في اول كتاب السرقة سرق بقرة او شاة من
المرعى ان كان معها من يحفظها يقطع والا فلا هكذا ذكر في الفتاوى الصغرى وهذا الذي ذكره
في شاة المرعى خلاف ما نقل الناطفي عن الاصل قال في الاصل لو سرق شاة من راعيها لم يقطع وان كان
هناك راعي ولهذا اطلق الحاكم في الكافي فقال وان سرق شاة من راعيها لم يقطع كذلك قال الكرخي
في مختصره سرق حيوانا من المرعى لا يقطع ويقطع ان سرق من المراح الذي ياوي اليه الحديث
حريسة الجبل وفي نوادر هشام قال محمد اذا جعل الغنم في حظيرة عليها حائط او لبن عليها حائط
انهما سواء اذا كان قد جمع فيه يقطع سارقها وان كان جمع الاشجار او الشوك حول البقعة وجعل
فيها الاغنام هو حائط المبني سواء قوله وهو الصحيح احتراز عن قول بعض اصحابنا
حيث شرطوا ان يكون المتاع تحته وتدبيره نقل الناطفي عن نوادر هشام قال محمد بلا خلاف
عن غيره لو جمع متاعه في الصحراء ولم ينم على متاعه وانما نام عنده فسرق منه يقطع اذا
نام حيث يراه ويحفظه قوله وعلى هذا يضمن المودع اشارة الى التعليل الذي ذكره لقوله

لانه يعد النايم عند متاعه حافظا له والمستعير مثله اي مثل المودع لان يد كل منهما
يد امانة **قوله** مثلا من ما اختاره في الفتاوي اي هذا الذي قلنا من عدم الضمان على المودع
والمستعير كيف ما نام عند المتاع خلاف ما اختاره في الفتاوي لان فيها اوجب الضمان اذا نام
مضطجعا وقال في خلاصة الفتاوي وفي السفر لا يضمن وان نام مضطجعا **قوله** والذي سرق
شيا من حرز او من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع اي قال القدوري في مختصره وهذا
تفريع وبيان لان الاول بمنزلة الحرز على نوعين حرز لمعنى فيه وحرز بالحافظ يعني ان من سرق
شيا من حرز لمعنى فيه كالدار يقطع وكذلك اذا سرق من غير حرز لكن صاحبه عنده يحفظه قطع
لان المتاع محرز باحد الحرزين في الاول بالمكان وفي الثاني بالحافظ وقد حصل هتك الحرز فلا
محالة فيجب القطع **قوله** ولا قطع على من سرق من حمام او من بيت اذن للناس في دخوله
وهذه مسئلة القدوري وقال الشافعي لو سرق من الحمام وكان عند الثياب حافظ فعليه القطع
كذا قال الشيخ ابو نصر البغدادي **لنا** ان الحمام حرز بنفسه فلا يعتبر الحرز بالحافظ لان
الحافظ يعتبر حرزا ما لم يكن حرزا في نفسه فاما الحرز بنفسه فوجود الحافظ فيه وعدمه
سوا ولهذا لو سرق من البيت وليس ثمة حافظ يقطع فعلم ان وجود الحافظ لا يعتبر في الحرز في
نفسه فلما لم يعتبر الحافظ كان المعتبر هو الحمام وهو حرز في نفسه لانه بناء بابه كالدور ولا يقطع
السارق منه ليلا او قبل الاذن بالدخول فعلم انه حرز لكن اختل الحرز بالاذن فلم يقطع كما في
البيت المأذون فيه بالدخول ولهذا المعنى قال في شرح الطحاوي ولا قطع على من سرق من الحمام
لانه مأذون فيه ولو سرق منه ليلا قطع لانه غير مأذون فيه بالدخول فيه وكذلك ذكر القدوري
في شرح مختصر الكرخي فقال لو سرق من الحمام او سفينة لا يقطع وان كان مالكه فيه ولو سرق من الحمام
ليلا يقطع لعدم الاذن **قوله** لوجود الاذن عادة او حقيقة الاول في الحمام والثاني في الدخول
في دخوله ويجوز ان يكون حقيقة الاذن في الحمام ايضا بان يقول **الحمامي** تعالوا ادخلوا الحمام
فقد فتحنا الباب **قوله** ويدخل في ذلك الحوانيت التجار والخانات اي يدخل في حكم بيت اذن
للناس في دخوله الحوانيت والخانات وذلك لان التاجر يفتح باب حانوته في السوق ويأذن
للناس بالدخول عليه فيبيعون منه فاذا سرق رجل منه ثوبا لم يقطع وبه صرح الحاكم في الكافي
الا اذا كان

الا اذا كان السرقة من الحمام والحوانيت والخانات ليلا حيث يقطع لعدم الاذن ليلا قال في
خلاصة الفتاوي جماعة نزلوا بيتا او خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع
يحفظه او تحت راسه لا يقطع لو كان في مسجد جماعة قطع لو سرق من بيت واحد قبل الخروج
لم يقطع **قوله** الا اذا سرق منها ليلا استثنا من قوله ولا يقطع الى اخره **قوله** ومن سرق
من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع هذا لفظ القدوري وذلك لان المسجد ليس بحرز في نفسه
فيكون حرزا بالحافظ واذا كان الحافظ عنده يقظان او نايما عند متاعه فقد حصل هتك الحرز
فيقطع وان لم يكن عنده فلا يقطع السارق لعدم الحرز بخلاف الحمام او البيت المأذون فيه بالدخول
فانه حرز بنفسه فلا يعتبر الحافظ وقال الشافعي في الموضوع في الشارع والمسجد محرز بالحافظ
صاحبه بشرط ان لا ينام ولا يولي ظهره فيقول اذا نام عند متاعه لا يعد مضيعا عادة فلا
يختل الحرز فيجب القطع وقد روينا عن الموطا وغيره في هذا الفصل ان صفوان بن امية
حين نام متوسدا ردائه في المسجد امره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقطع فعلم ان ما قاله ضعيف
قوله ولا يقطع على الضيف اذا سرق ممن اضافه هذا لفظ القدوري وذلك لان الاذن له
بالدخول اختل الحرز بالاذن فسقط القطع ولانه صار كانه واحد من اهل البيت حيث الزمه
واضافه فيه فيفعله اذا لا ينسبه سرقته بل يسمى جناية ولا قطع على الخاين لما روى جابر عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم ليس على خاين القطع ولذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التي اذن له في دخولها وهو مقفل
او من صندوق مقفل كذا ذكر القدوري في شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا اذا
اخذ اللص من بعض البيوت واخرج الى الدار لا يقطع ما لم يخرج من الدار فاذا كان الحرز واحدا
فبالاذن في الدار اختل الحرز في الدار وفي البيوت جميعا وما روي ان اسود بات عند ابي بكر
الصديق فسرق حليا فقطعه ابو بكر فتاويله عند اصحابنا انه سرق من دار النسا لا من دار
الرجال وفي الدار مختلس لا يكون الاذن في احدهما اذنا في الاخرى **قوله** ومن سرق
سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع وهذه مسايل الجامع الصغير واراد بالسرقة المسروق كما
جاز كما قال صاحب الهداية اذا كانت السرقة مصحفا وانما لم يقطع قبل الاخراج لعدم هتك الحرز
والدار كلها حرز واحد فلم يوجد الاخراج لا يوجد الهتك فلا يجب القطع بخلاف ما اذا كانت

الدار عظيمة مشتركة فيها بيوت يسكن في كل بيت ساكن على حدة فسرق من بعض البيوت
واخرج الى صحن الدار يقطع لان كل بيت حرز على حدة باعتبار ساكنها على حدة فصار الاخراج
من بعض البيوت الى صحن الدار كالاخراج الى السكة ولو اخرج الى السكة يقطع فلذا هنا و
ليس كالفصل الاول لان الدار ثم بيوتها حرز واحد لان البيوت كلها لصاحب الدار فما لم يخرج
من الحرز لا يجب القطع وهنا كل بيت حرز على حدة لاختلاف ساكنيه بهذا صرح الفقيه ابو
الليث في شرحه للجامع الصغير وهذا انما يدل على قول محمد فان كان في دار فيها مقاصير فاخرجها
من مقصورة الى صحن الدار قطع اعتبارا بما اذا كانت الدار مشتركة قال في الفتاوى
الصغير القوم اذا كانوا في دار كل واحد في مقصورة على حدة عليه باب يغلق فنقب رجل من اهل
الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت عظيمة لم يقطع ما لم يخرج هذا اذا كانت لا يحتاج
ينتفعون بصحن الدار انتفاع السكة كدار عتاب ودار نوح نحو دار عظيمة وان كانوا ينتفعون بها
انتفاع المنزل لا يكون عظيمة قال ذكر شيخ الاسلام خواهرزاده هذا التفصيل في كتاب السرقة
ثم في الفصل الاول قال بعض اصحابنا لا ضمان عليه اذا اتلف في يد المسروق لا قطع عليه
قبل الاخراج من الدار والصحيح انه يضمن لوجود التلف على وجه التعدي بخلاف القطع
فان شرطه هتك الحرز ولم يوجد والمراد من المقاصير الحجرات والبيوت **قوله** وان اغار
انسان من اهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع لما قلنا انه لان كل مقصورة
باعتبار ساكنها حرز على حدة قال صاحب المغرب اغار لفظ شمس الائمة الحلواني والصدر الشهيد
وهو من اغار على العدو واما لفظ محمد ان اغار يعني بالعين المهملة والنون وهو الاوجه
لان الاغارة يدل على الجهر والمكابرة والسرقة على الخفية فلا اول وجه ايضا عندي بان يدخل
اللص مكابرة بالليل جهرا او يخرج المال فانه يقطع لوجود الخفية عن اعين سائر الناس و
يحتمل ان يكون ذلك اللفظ ايضا رواية عن محمد لان شمس الائمة الحلواني مع تبحره في العلوم
لا سيما الفقه ليس ممن تهم في هذا القدر والاغارة جاءت بمعنى الاسراع والعدو ايضا
قال المفرد في وادونا توهم لنا عليهم صلوة الدافعين مع الغريب يقول اذا اجتمع الناس
بالموسم نادوا ابيهم والمغير المسرع وهذا من قول لا سيارة خيثمة ابن خالد العدواني
وكان

وكان يدفع بالناس من المزدلفة على حمار اربعين سنة فضرب في العرب بحماره المثل فقالوا
اصح من عير ابي سيارة وكان يقول اشرق ثبير كيما نغير فعلى هذا يكون معناه اسرع انسان
وعدا من مقصوره على مقصورة فسرق منها قطع واما اغار الخيل اي دفعه فتلا شديدا
ذكره في ديوان الادب وغيره والفقهاء يستعملونه في المخادعة ويجوزان يستعمل بما في معناه
فيها ايضا الا ترى في ما جاء في حديث الزبير انه سال ام المؤمنين عايشة الخروج الى البصرة
فابت عليه فما زال يفتل في الذروة والغارب حتى اجابته الذروة اعلى السنام والغارب
مقدمه هو مثل يقال ما زال يفتل في ذروته اي يخادعه حتى يزيله عن رايه وعليه كلام قال
الاصمعي فعلى هذا يكون معناه اذا احتال وخادع انسان من اهل مقصوره على مقصورة
اخرى فسرق منها قطع **قوله** واذا نقب اللص البيت فدخل واخذ المال وناول اخر خارج
البيت فلا قطع عليهما هذا هو لفظ القدوري وهو ظاهر الرواية عن اصحابنا ولهذا قال الحاكم
في الكافي وان ناول صاحبا له على الباب لم يقطع احد منهما وكذلك ذكر في شرح الطحاوي
قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي عن ابي يوسف انه قال اذا كان الخارج
ادخل يده وناوله الاخر قطعا جميعا ولو ان الداخل اخرج يده الى الخارج حتى اخذ منه
فالقطع على الداخل خاصة وكذلك ذكر الرواية في المختلف بالاتفاق ثم قال وروي
عن ابي يوسف فصل الجواب كما ذكر الفقيه ابو الليث وكذلك ذكر الجواب في شروح الجامع الصغير
بالاتفاق ثم قال وروي عن ابي يوسف كما نقلنا عن شرح الفقيه فعلم بذلك ان ما قاله
في شرح الا قطع هذا قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف يقطع الداخل وهو قول الشافعي
ليس لظاهر الرواية عنهما وكذلك ما روي في بعض نسخ الفقه كالتحفة وغيرها وجه
ما روي عن ابي يوسف انه يجب القطع لانه اخرجه من الحرز فلا ما لو ادخل الحرز ثم لا
وجه الظاهر ان فعل السرقة تم بالداخل والخارج جميعا ثم الخارج يدرا عنه القطع
لعدم هتك الحرز فيدرا عن الداخل ايضا لانه لم يوجد تمام السرقة منه وحده او يقول
الفعل تم من السارقين وعند السارقين فاذا لم يجب على احدهما لعدم السرقة لا يجب على الاخر
ايضا لانه فعل واحد وليس هذا كما اذا رمى الى السكة ثم خرج واخذ لان فعل السرقة ثم تم

بالسارق بحق دهنا به وبغيره قوله وهي بناء على مسئلة باتي وهي مسئلة نقب البيت
واذ خال اليد فيه قوله فان القاه في الطريق ثم خرج فاخذه قطع هذا لفظ القدوري وهو
متصل بالمسئلة المتقدمة فقال زفر لا يجب القطع لانه حين القاه لم يجب عليه القطع ولهذا اذا خرج
ولم ياخذ لا يجب عليه القطع فاذا لم يكن الالقاء موجبا للقطع لا يجب القطع بعد ذلك كما اذا
اخذه غيره من السكة لا يجب عليه القطع ولنا ان الرمي والاخذ بعد ذلك من حيل السراق
يعتادون ذلك اما لعدم امكان الخروج مع المتاع او للفرار او للقتال مع صاحب المتاع فقد
خرج ويده ثابتة عليه لعدم اعتراض يد اخرى عليه فيكون مخرجا من الحرز فيجب عليه القطع بخلاف
ما اذا اخذه غيره حيث لا قطع عليه لانه لم ياخذه من الحرز وليس على السارق ايضا قطع حينئذ
لانه باعتراض يد الاخر لم يبق يده قايمة على السرقة حين الخروج فقد خرج ولا مال في يده
حقيقة ولا حكما فصار كما لو استهلكه في الحرز ثم خرج وكذا فيما اذا لم ياخذ بعد الخروج لانه
تضييع لا سرقة قوله وكذلك ان حمله على حمار فساقه فاخرجه وهذا ايضا لفظ القدوري
اي يقطع ايضا اذا حمله على حمار فاخرجه لان يده قايمة على المال لان سير الحمار مضاف اليه
لسوقه قال في خلاصة الفتاوى ولو ذهب السارق الى منزله فخرج الحمار بعد ذلك حتى جاء الى
منزله لا يقطع وكذلك لو علق شيئا على طاير وتركه ثم طار الى منزله وقال فيها ايضا رجل دخل
الدار وجمع المتاع في الليل وطرح في نهر كان فيها وخرج واخذه ان كان الماء قوي اخراجه بنفسه لا يقطع
وان لم يكن الماء قوي اخراج المتاع واخرجه بتحريكه يقطع ونقل القدوري في شرحه عن الاصل لو كانا
اثنين فنقبا البيت ثم دخل احدهما فاستخرج المتاع ثم حملاه جميعا قال ان عرفت الداخل
بعينه قطعت الداخل وان ادعى كل واحد منهما الدخول على الاخر فبين ان اعرفه وان لم اعرف الداخل لم يقطع واحد
منهما للعذر ان قوله واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا هذا لفظ
القدوري في مختصره قال الحاكم في الكافي وان دخل جماعة في الدار فجمعوا المتاع وحملوه على رجل
منهم وكان هو الذي خرج به وقد خرجوا معه في فوره او خرجوا قبله ثم خرج هو في فورهم قال
في القياس ان يقطع الحامل واحده وفي الاستحسان يقطعون جميعا وبه ناخذ الى هنا لفظه
وبالقياس اخذ زفر كذا في شرح الطحاوي وقول الشافعي كقول زفر كذا في شرح الاقطع وجه
القياس

القياس ان المباشر لسرقة المال هو الحامل لانه هو الذي اخرجه فيجب القطع عليه
خاصة كما لو اجتمع جماعة على رجل فقذفه واحد منهم تجب حد القذف على القاذف
خاصة دون غيره وكذلك لو اجتمعوا على امراة فزنى بها واحد منهم تجب حد الزنا
على الزاني وحده فكذا هنا وجه الاستحسان ان السرقة في عامة الاحوال
هكذا يكون يحمل بعضهم ويترصد الباقون كي يدفعون صاحب المال ان انتبه فيكون الاخراج
من جميعهم معنى لكونهم ردءا للحامل ولهذا في السرقة الكبرى وهي قطع الطريق
اذا باشر بعضهم القتل واخذ المال والباقون وقوف تجب حد القطع الطريق على جميعهم
لكونهم ردءا له فكذا هنا فصار كما اذا حملوا على حمار واخرجوه فان قلت
غير الحامل لم تخرج من الحرز شيئا فصار كما لو وقف خارج الحرز فلا يقطع قلت لا نسلم
ان غيره لم تخرج مطلقا بل حصل الاخراج معنى لكونه ردءا او الردء شريك المباشر ولهذا
لهذا اذا كان بعض الغزاة ردءا اشتركوا جميعا في المغنم قوله منه اي من الحامل
اي بالحامل او بالاخراج الحاصل من الحامل معنى اي من حيث المعنى قوله كما في السرقة
الكبرى اي في قطع الطريق وسمي بها لان ضرره على عامة المسلمين وسيجي بيانه ان شاء
الله تعالى قوله وهذا لان المعتاد فيما بينهم ان يحمل البعض المتاع اشارة الى ان
الاخراج من الكل معنى قوله ومن نقب البيت فادخل يده فيه واخذ شيئا لم يقطع
هذا ظاهر الرواية عن اصحابنا ولهذا ذكر الحاكم المسئلة بلا خلاف فقال في الكافي
من نقب البيت فادخل يده واخذ المتاع فذهب لم يقطع وان ادخله وجمع المتاع ثم اخرجه
حتى اخذه لم يقطع الى هنا لفظه وكذلك ذكر في الشامل في قسم المبسوط وروي عن ابي
يوسف في الاملاء انه يقطع وقاس على ما اذا ادخل يده في صندوق الصيرفي او في الجوالق
وقول الشافعي كقول ابي يوسف كذا في شرح الاقطع ولنا ان هتك الحرز شرط وجوب القطع
بالاتفاق وقد مر بيانه وكمال الهتك في الدخول والاخراج فاذا لم يدخل يتمكن معنى الهتك وكذا
النقصان بشبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات بخلاف الصندوق والجوالق فان الدخول
ثمة لا يمكن واقصى ما يتاتى فيه من الفعل ان يخرج ما فيه باليد وهنا الدخول ممكن فيشترط

الدخول ولا يجب القطع بلانه فظهر الفرق وهذا هو يؤيد ما روى اصحابنا في كتبهم عن علي رضي الله عنه
قال لو كان اللص ظريفا لا يقطع فقيل كيف يكون ظريفا قال يدخل يده في الدار ويخرج
المتاع ولا يقال انه اخرج نصابا من الحرز فصار كما لو دخل لانا لا نسلم انه يكون كالدخول
لانه اذا دخل واخرج فقد هتك الحرز واذا نقب واخذ لم يوجد الهتك على الكمال لعدم الدخول
قوله واخرج الغطريفي هو الدراهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي امير خراسان ايام
الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من اعز النقود ببخارا كذا قال صاحب المغرب **قوله**
وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان ادخل يده في الكم يقطع وهذه من مسائل الجامع الصغير
المعادة وذلك لانه لما شق الصرة بقيت الدراهم خارجة في الصورة الاولى فلا يكون اخذ
الدراهم حينئذ من الحرز فلا يقطع وفي الصورة **الثانية** لما شقها بقيت الدراهم في داخل
الكم فاذا اخذها من الكم يكون هاتكا للحرز فيقطع وهذا لان الحرز هنا بالمكان لا بالحافظ
لان صاحب الدراهم اعتمد على الكم وجعله حرزا ولم يعتمد على قيام نفسه فلذلك افترق
جواب المسئلة وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الحافظ وعن ابي يوسف ان الطرار يقطع في الحالين لان
الدراهم محرزة على كل حال اما بالمكان وهو الكم او بالحافظ فلا يعتبر جهة الحفظ فصارت كما لو
كانت بين يديه وجه الظاهر ان الحرز هنا الكم لا الحافظ لانه لم يعتمد على نفسه بل على
كمه في قطع المسافة او الاستراحة فصار الكم كالجوالق ولم يذكر هذا التفصيل في الجامع الصغير
الاصل فلهذا قال من الحاني في شروح الجامع الصغير فان حل الرباط فاخذ الدراهم فان كان
الرباط خارجا والدراهم في باطن الكم قطع لانه يحتاج الى ان يدخل يده وان كان الرباط
داخلا والدراهم في ظاهر الكم فحل الرباط لم يقطع لانه ادخل يده لحل الرباط فبقيت الدراهم
خارجة فانما اخذها من خارج فلم يصر هاتكا للحرز وهذا معنى قوله يعكس الجواب لانعكاس
العلة فانهم والطر في اللغة الشق والقطع ومنه الطرار وهو الذي يسارق عن الحافظ
وما اخذ منه المال خفية بقطع الكيس ونحوه والصرة الخرقة المشدود فيها الدراهم والمراد
هنا هو الكم المشدود فيها الدراهم يقال صررت الدراهم اصرها صرا اذا شددتها **قوله**
وان سرق من القطار بعيرا او حملا لم يقطع هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه

محمد

محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل سرق من القطار بعيرا او حملا ... اخالها ...
نشق جوالقا فسرق ما فيه قال يقطع اف سرق الجوالق نفسه لم يقطع قال في الشامل
في قسم المبسوط اذا سرق الجوالق نفسه من الدابة لا يقطع ولو سرق من الجوالق
يقطع والاصل ان القطع لا يجب الا بسرقة النصاب بشروطها يكون محرزا مقصودا لانه لا يجب
القطع الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يوجب القطع في حريسة الجبل لان المقصود للراعي في
ترك المواشي في المرعى الرعي لا الحفظ والحفظ تبع فلم يكن الحفظ مقصودا فلم تجب القطع لشبهة
عدم الحرز من حيث ان الحفظ ليس بمقصود فاذا عرفت هذا قلنا لا قطع في سرقة البعير من
القطار او الحمل لان المقصود للسائق او القائد قطع المسافة ونقل الاحمال لا الحفظ مقصودا
فلم تجب القطع لشبهة العدم لعدم قصد الحفظ فلم يكن محرزا وليس بمحرز بالمكان ايضا لان
ظهور الدواب ليست بحرز لان المقصود النقل والتحويل لا الحرز فانتفى القطع اصلا لعدم
شرطه حتى قال مشايخنا لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قصدا قطع سارق الحمل نفسه
بخلاف ما اذا شق الجوالق من القطار واخذ المال حيث يقطع لانه اخذه من حرز مثله لان
المقصود من وضع الامتعة في الجوالق حفظها فيه فصار كما اذا دخل البيت واخذ المال
او اخذ المال من الكم والقطار بكسر القاف الابل تشد زمام بعضها خلف بعض على نسق قال
ابن دريد جاء القوم متقاطرين اذا جاء بعضهم في اثر بعض ماخوذ من قطار الابل ومثل من
امثالهم الانفاض يقطر الجلب يعني اذا انفض القوم اي نفدت ازوادهم قطروا ابلهم فجلبوها
للبيع **قوله** وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه او نائم عليه قطع وهذه من
مسائل الجامع الصغير وقال في قسم المبسوط من الشامل ولو كان الجوالق على الارض ولهو
حافظ يقطع وذا في المسئلة فيما اذا كان الجوالق في موضع لا يصلح ان يكون حرزا كالطريق
والمفازة وذلك لانه شرط حفظ صاحبه وانما يعتبر الحرز بالحافظ اذا لم يكن الشيء حرزا
في نفسه وهنا الجوالق ليس بحرز فالحافظ فاذا كان نائما عليه او قريبا منه يعد حافظا عادة
والمعتبر هو الحرز المعتاد ولهذا امر رسول الله صلى الله عليه بقطع يد سارق رداء صفوان
ابن امية حين نام متوسدا على ردائه **قوله** على ما اخترناه اي قبل ورقة وهو قوله لانه يعد

في نفسه لان الجوالق الذي وضع على الدابة
في الطريق او المفازة لا يعتبر حرزا فيشترط الحارس

النايم عند متاعه حافظا **قوله** وذكر في بعض النسخ وصاحبه نائم عليه او حيث يكون
حافظا له اي ذكر في بعض نسخ شروح الجامع الصغير هذا ولم يقتصر على قوله وصاحبه نائم
عليه بل قال او حيث يكون حافظا له اراد بهذا ما ذكره فخر الاسلام في شرحه هكذا **قوله**
وهذا يوكد ما قدمناه اي هذا الذي ذكره في بعض النسخ بقوله او حيث يكون حافظا له يوكد
ما قدمناه من القول المختار بعدم التفرقة بين كون المتاع عنده او تحته في الفصل الشامل
وغيره لو كان المسافر في فسطاط جمع متاعه فيه فسرق سارق يقطع لانه بمنزلة
البيت ولو سرق الفسطاط نفسه لم يقطع لانه ليس بحرز فيحفظ به غيره لا انه
يحفظ بغيره والله اعلم بالصواب وهذا اخر الدفتر السادس من كتاب غاية
البيان شرح الهداية ويتلوه في السابع **فصل في كيفية القطع**
واثباته انشاء الله تعالى بمنه وكرمه كتبه الشارح الفقير الى الله [illegible] ببغداد
ابو حنيفة امير كاتب ابن امير عمر عمره وعمرها الله تعالى سنة ٧٣٦

وفرغ الكاتب الفقير خليل ابن حسن [illegible] الحنفي
[illegible] حلب المحروسة [illegible] يوم الخميس عند الضحى ثامن عشر
الصفر سنة ستة وسبعين
وسبعماية

بسم الله الرحمن الرحيم رب يسر وصلى الله على سيدنا محمد وآله

فصل في كيفية القطع واثباته

لما فرغ عن بيان ما يجب
القطع شرع في بيان نفس القطع كيف يكون وهل يتكرر القطع الى اربع مرات
اذا تكررت السرقة وهل يثبت القطع اذا اعترضت الهبة ونحوها ام يسقط فناسب
ذكر الفصل لهذا **قوله** قال ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم اي قال القدوري في
مختصره **اعلم** ان محل القطع فيه خلاف والذي عليه عامة الفقهاء الانصار مفصل الزند
وقالت الخوارج المنكب لان اليد اسم للخارجة من راس الاصابع الى الابط وعن
بعض الناس الاصابع كذا ذكر القدوري في شرحه ووجهه ان الاخذ كان بها فيقطع الاصابع
لان التمكن من الاخذ **لنا** ان اليد ذات مقاطع تنتهي الى الرسغ والمرفق والمنكب وكل
منها محتمل ان يكون مرادا فزال الاحتمال ببيان النبي صلى الله عليه وسلم حيث امر بقطع اليد
اليمنى من الزند ولان مفصل الزند هو الرسغ متيقن به لكونه اقل فيوخذ به لان العقوبات
لا تثبت بالشبهة وفيما زاد على الرسغ شبهة فلا يثبت وانما كان مفصل الزند من اليمين مرادا
اما ببيان النبي او بقراة عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه والسارق والسارقة فاقطعوا
ايمانهما كذا ذكره صاحب الكشاف قراة عبد الله فيه فان **قلت** المراد من قوله تعالى فاقطعوا
ايديهما اليمنى لا الجمع فكيف جاز ذلك **قلت** نحو مثل ذلك في الاشياء المتصلة كما في قوله
تعالى فقد صغت قلوبكما فلا يكون للاثنين الا قلبان فان **قلت** الزيادة على النص نسخ عندنا
فلذا لا يجوز الزيادة بخبر الواحد فكيف جازت بقراة عبد الله **قلت** لا نسلم انها خبر الواحد
وقراته كانت مشهورة الى زمن ابي حنيفة والزيادة بالمشهور جائزة ولئن سلمنا انها
خبر الواحد فنقول خبر الواحد يجوز ان يكون بيانا لمجمل الكتاب والكتاب مجمل في
حق المقدار وفي حق القطع ايضا لاحتمال ارادة الشمال فالتحقت قراته بالكتاب بيانا له
على ان المراد اليمين لا الشمال والحسم هو الكي بعد القطع بالزيت المغلي ونحوه لما روي في شرح الاثار
وغيره مسندا الى ابي هريرة قال اتي بسارق الى النبي صلى الله عليه فقالوا يا رسول الله
ان هذا سرق فقال ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه

ثم احسموه ثم ايتوني به قال فذهب به فقطع ثم حسم ثم اتي به فقال تب الى الله فقال تبت
الى الله فقال تاب الله عليك ولان الحد شرع زاجرا لا متلفا فيحسم يده كيلا يتلف شفقة
لذا قال في الجمهرة الزندان متوصلا طرف الذراع في الكف وقال في ديوان الادب الزند
ما انحسر عنه اللحم من الذراع وقال في الصحاح الزند موصل طرف الذراع في الكف وهما زندان
الكوع والكرسوع والكوع طرف الزند الذي يلي الابهام والكرسوع طرف الزند الذي يلي
الخنصر **قوله** فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى وان سرق ثالثا لم يقطع وخلد في
السجن حتى يتوب هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب النافع حتى يتوب او يظهر عليه
وجه **سيما** رجل صالح قال صاحب الهداية وهذا استحسان يعني ان عدم القطع في
المرة الثالثة استحسان وعند الشافعي في المرة يقطع يده اليسرى وفي الرابعة رجله
اليمنى وفي الخامسة يعزر ولا يقبل لما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال من سرق
فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه اوجب القطع بحسب
تكرار السرقة فيؤتي على اطرافه الاربعة ولان الموجب يكرر فيتكرر حكمه ولان الجناية
في المرة الثالثة فوق الجناية في المرة الاولى فيشرع فيها القطع حدا كما في المرة الاولى
وهذا لان الانسان يتراقيم عليه الحد مرارا تزداد منه الجنايات كان اقبح مما لو سرق
باتفاق الحال فدل ايجاب القطع في الاولى على ايجابه في الثالثة بالطريق الاولى **ولنا**
قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا ايديهما اي ايمانهما بدليل قراءة عبد الله
ابن مسعود رضي الله عنه فاقطعوا ايمانهما ليس للواحد الا يمين واحد فلا يشرع قطع
اليسار حدا ولهذا اجمع العلما قطع الرجل اليسرى في المرة الثانية فلو كان قطع اليسار
مشروعا لقطعت في الثانية اليد اليسرى لا الرجل ولان الحد لا يثبت الا بالتوقيف او
بالاتفاق فلم يوجد في قطع اليسار لا هذا ولا ذاك فلا يستدل على هذا ما ذكره في
الاسرار بقوله احتج محمد في الاصل ان عليا رضي الله عنه شاور الصحابة في هذه
المسلة فاشار بعضهم بقطع اليسرى فقال باي شي يستنجي ويرفع لقمته واشار بعضهم
بقطع الرجل اليمنى فقال فباي شي يمشي الى حاجته فدرا عنه القطع قال صاحب
الاسرار

الاسرار ولم يحتج احد عليه بنص في الباب فتبين انه لا نص في الباب ولان الحد شرع زاجرا
لا متلفا ولهذا لا يقام في الحر الشديد ولا في البرد الشديد ولا في حالة المرض وقيامه
الحد في المرة الثالثة او الرابعة يفضي الى اتلاف جنس منفعة البطش او جنس منفعة
المشي فكان اتلافا حكما او فيه شبهة اتلاف وذاك لان جميع اجناس المنفعة اذا تلف يلزم
تلف النفس حقيقة وفي تلف جنس من منافع النفس شبهة تلف النفس فلا يقام في المرة
الثالثة والرابعة لان الحدود تندرئ بالشبهات فلما لم يجب القطع خلد في السجن الى ان
يتوب ويعزر لاناية بالتكرار فلا بد من زجره والجواب عن الحديث **قلنا** انه ليس
بثابت ولهذا لم يثبت المدونون في قوانين الحديث كالصحيح البخاري وغيره قال الامام علي الاف
العالم في طريقه الخلاف طعن فيه الكرخي فقال حفظنا الاحاديث وسمعنا الحفاظ
لم تجد له اصلا **قال** الشيخ ابو نصر قال الطحاوي ان حديث لا اصل له كل من لقيناه
من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له اصلا وهو ايضا مرسل فلا يلزمنا العمل على
قول الشافعي وعلى قولنا لان ثقات اهل الحديث قد انكروه ولئن ثبت فالمراد منه السياسة
بدليل ما روي في ذلك الحديث من الامر بالقتل في المرة الخامسة فيكون محمولا على السياسة
عند الشافعي ايضا فكذا الحمل الطعام في الثالثة والرابعة قال في المبسوط يقتل في الخامسة
عند اصحاب الظواهر **قلت** لا يلتفت اليه لكونه خرقا للاجماع **قوله** وبهذا حاج بقية
الصحابة فحجهم اي بهذا الدليل غالبهم علي في الحجة فغلبهم بها والدليل قوله اني لاستحيي من
الله ان لا ادع له يدا ياكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها **قوله** ولانه اهلاك معنى اي
لان القطع في المرة الثالثة والرابعة اهلاك لفوات جنس المنفعة لانه نادر الوجود
اي لان الفعل السرقة في المرة الثالثة والرابعة نادر الوجود ولا يعتد بالمعتاد فلا حاجة
الى الزاجر **قوله** بخلاف القصاص جواب عن سؤال مقدر بان يقال لا نسلم ان التفويت جنس
المنفعة له اثر في عدم وجوب القطع في المرة الثالثة الا ترى ان انسانا لا يمين له لو قطع
يسار انسان اخر يقطع يسار القاطع قصاصا فات جنس المنفعة فقال في جوابه بخلاف
القصاص وذاك لان القصاص يعتمد على المساواة وقد وجدت فيجب القصاص فبعد ذلك

لا يلتفت الى وقوعه تفويتا لجنس المنفعة لان القصاص حق العبد فيجب استيفاؤه
ما امكن جبرا لحق العبد بخلاف الحد فانه حق الله تعالى خالصا فيسقط بشبهة الهلاك
قوله والحديث طعن فيه اي الحديث الذي تمسك به الشافعي وقد مر بيانه **قوله** وان كان
السارق اشل اليد اليسرى او اقطع او مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع وهذا لفظ القدوري في
مختصره اي لا يقطع يده اليمنى اذا كانت الحالة كذلك وذلك لان فيه تفويت جنس المنفعة
بطشا فيما اذا كانت يده اليسرى اشل او اقطع ومشيا فيما اذا كانت رجله اليمنى مقطوعة
وتفويته اهلاك معنى فلا يقام الحد لئلا يفضي الى الاهلاك **قوله** وكذا اذا كانت رجله
اليمنى شلاء قلنا اي لا يقطع يده اليمنى ايضا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لان فيه تفويت
جنس المنفعة ذكرها تفريعا لمسئلة القدوري **قوله** وكذلك ان كانت ابهامه اليسرى
مقطوعة او شلاء او الاصبعان منها سوى الابهام اي لا يقطع اليمنى اذا كانت حال اليسرى
كذلك وذلك لان قوة البطش بالابهام والاصبعان بمنزلة الابهام في نقصان
البطش فلو قطعت اليمنى في هذه الحالة يلزم فوات جنس المنفعة فلا يقطع لئلا يلزم
الاهلاك معنى بخلاف ما اذا كانت اصبع واحدة من اليسرى غير الابهام مقطوعة
او شلاء حيث يقطع اليمنى لعدم الخلل في البطش ظاهرا بخلاف الكفارة حيث اعتبر
فيها في المنع من الجواز فوت اكثر الاصابع سوى الابهام لا فوات الاصبعين وهنا اعتبر
في المنع من قطع اليمنى فوات الاصبعين لان المانع هو الهلاك معنى في البابين في
تحقيقه بفوات الاكثر الا ان الحد لما كان يسقط بالشبهة احتيط فيه فاقيم الاصبعان
مقام الابهام وهذه المسائل المعادة الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث في
شرح الجامع الصغير روي عن ابي حنيفة في كتاب الحدود انه قال ان كانت ثلث
اصابع سوى الابهام مقطوعة لا يقطع وكذلك اذا كان اصبعان احدهما الابهام
فاعتبر هنالك اكثر الاصابع وتلك الرواية توافق ما قال في كتاب الطلاق ان الرجل اذا
اعتق عبدا مقطوعا من كل يد ثلث اصابع او اصبعان احدهما الابهام لا يجوز عن كفارة
الظهار واما في هذه الرواية اعتبر ذهاب القوة ولم يعتبر الاكثر وهذه الرواية احوط قال
الحاكم

الحاكم الشهيد في الكافي وان كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع فان كان يستطيع
القيام والمشي عليها قطعت يده وان كان لا يستطيع القيام والمشي لم يقطع يده وكل شيء يدرا
فيه القطع ضمنته السرقة ان كانت مستهلكة الى هنا لفظ الحاكم وقال شمس الائمة البيهقي في
الكفاية سرق ويمناه شلاء او مقطوعة الاصابع يقطع لانها لو كانت كاملة قطعت
فناقصة اولى وقال في الكافي واذا حبس السارق ليسال عن الشهود فقطع رجل يده اليمنى
عمدا فعليه القصاص وقد بطل الحد عن السارق وكذلك ان كان قطع يده اليسرى وان حكم
عليه بالقطع في السرقة فقطع رجل يده اليمنى من غير ان يومر بذلك فلا شيء عليه وهذه
المسائل ذكرناها تكثيرا للفوائد **قوله** واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا في سرقة
سرقها فقطع يساره عمدا فلا شيء عليه عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه في الخطا ويضمن في
العمد وهذه من مسائل المعادة في الجامع الصغير الا ذكر الخلاف فانه من الخواص قال الحاكم الشهيد
فاذا امر القاضي بقطع يده اليمنى فقطع الحداد يساره لم يلزمه شيء استحسانا ثم قال
ولم يذكر هنا اختلافا يعني لم يذكر محمد في الاصل اختلافا ثم قال وذكر في الجامع الصغير ان
ابا يوسف ومحمدا قالا ان تعمد ذلك الحداد ضمن دية يده ثم قال ولو قال الحداد اخرج يدك اليمنى
فاخرج يده اليسرى فقال هذه اليمنى فقطعها لم يكن على الحداد شيء في القياس ولا في الاستحسان
قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روى الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة ان الامام اذا قال
لما اقطع يده فقطع يساره لا يجب عليه شيء وان قال اقطع يمينه فقطع يساره فعليه القصاص و
قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير **اما** في الخطا فلا يضمن عندنا خلافا
لزفر وجه قوله ان الخطا في موضوع في حقوق العباد فلا يعفى فيضمن جوابه انه اخطا
في اجتهاده لانه قطع اليسار على تقدير ان قطع اليسار هو الواجب والخطا في الاجتهاد
معفو بالاجماع وهذا موضع الاجتهاد لان ظاهر النص يوجب التسوية بين اليمين واليسار
بخلاف الخطا في معرفة اليمين واليسار حيث يجب الضمان واليه ذهب فخر الاسلام وقيل لا
ضمان ايضا **اما** في العمد فوجه قولهما ان المجتهد لا يعفى في عمد الظلم وقد قطع يدا
معصومة لان الحداد قطع يسار السارق بلا حق لانه ما كان قطع يسار الحداد حتى يقع

قطع الحداد قصاصًا عنده والقطع بسبب السرقة كان متعينا في اليمين ولا تأويل أيضا
لأنه قطعها عامدًا لا خاطئا فيضمن دية اليد كالقاضي إذا أخطأ في حكمه وكان القياس أن
يجب القصاص لكنه لم يجب للشبهة الثانية في الآية لأن ظاهر قوله تعالى فاقطعوا أيديهما
يتناول اليدين جميعا ووجه قول أبي حنيفة أن الحداد أتلف اليسار وأخلف خيرًا
منها وهي اليمين لأن منفعة اليمين أكثر من منفعة اليسار وإنما قلنا إنه أخلف لأن اليمين
كانت تالفة حكمًا لكونها مستحقة بالقطع فلو قطع اليسار فوّت اليسار وأحرز سلامة
اليمين لأن مقطوع اليسار لا يقطع يمينه فلما أخلف ما هو خير لم يضمن كشاهدين شهدا ببيع
عبد بالقيمة وقيمته ألف ثم رجعا بعد القضاء لم يضمنا قال فخر الإسلام وإن قطع أجنبي يساره
لم يضمن شيئا أيضا بهذه النكتة يعني باعتبار أنه أتلف وأخلف خيرًا وأراد بالأجنبي الحداد
قال صاحب الهداية وهو الصحيح وقال الإسبيجابي في شرح الطحاوي هذا إذا قطع الحداد
بأمر الإمام ولو قطع غيره اليد اليسرى في الخطأ تجب الدية وفي العمد القصاص ويسقط
عنه القطع في اليمين لأنه لو قطعت أدى إلى الاستهلاك ثم لما عرفت أن الحداد لا يضمن
يجب ضمان المسروق إن كان هالكا على السارق لأن سقوط الضمان عنه لوقوع القطع حدًا
لأن القطع والضمان لا يجتمعان عندنا كما سيجيء في هذا الفصل ولم يقع هنا حدًا فعلم بهذا يجب
الضمان في الخطأ أيضا أما على تلك الطريقة أعني طريقة الاجتهاد الذي قلنا من طرف
أبي يوسف ومحمد أن الضمان يبطل بطريق الاجتهاد فلا يضمن لوقوعه موقع الحد بالاجتهاد
والحد والضمان لا يجتمعان ذلك في المغرب الحداد الذي يقيم الحد فقال منه كالحداد من الحد
قوله وهو القياس أي قول زفر هو القياس قوله له أنه الضمير في له راجع إلى زفر وفي
أنه راجع إلى الحداد قوله وإن كان في المجتهدات للوصل قوله للشبهة أي للشبهة
الثانية في ظاهر الآية وقد مر بيان ذلك قوله وعلى هذا أي وعلى هذا الطريق الذي
قلنا وهو أنه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد إتلافا قوله ثم في العمد عنده
عليه ضمان المال أي عند أبي حنيفة تجب على السارق ضمان المسروق إن كان هالكا
لأن القطع لم يقع حدًا وإنما خص أبا حنيفة بالذكر وإن كان الضمان على السارق
بالاتفاق

بالاتفاق دفعًا لوهم من توهم أن قطع السارق وقع حدًا عنده لأنه لم يوجب الضمان
على السارق لأن القطع لم يقع حدًا وعدم وجوب الضمان على الحداد لا باعتبار
أن القطع وقع حدًا بل باعتبار أنه أتلف وأخلف خيرًا أما عندهما فظاهر فلا حاجة
إلى ذكره لأنهما يضمنان الحداد في العمد فلا يقع القطع حدًا لا محالة فيضمن السارق لأنه
لا يلزم الجمع بين الضمان والقطع حدًا قوله وفي الخطأ كذلك على هذه الطريقة أي تجب
الضمان أيضا على السارق لأن القطع لم يقع حدًا وذلك لأن الضمان إنما يسقط إذا وقع القطع
حدًا إجزاءً وهكذا لأنه الله تعالى فلم يقع فيجب الضمان قوله وعلى طريقة الاجتهاد لا
يضمن لأن قطع اليسار وقع حدًا فالضمان لا يجتمع معه قوله ولا يقطع السارق إلا أن يحضر
المسروق منه فيطالب بالسرقة وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لما روى أصحابنا
في كتبهم أن عمرو بن سمرة أتى النبي صلى الله عليه فقال يا رسول الله إني سرقت جملا لبني فلان
فأرسل النبي عليه السلام إليهم فقالوا إنا فقدنا جملا فأمر النبي صلى الله عليه فقطع فلو لم يكن
مطالبة المسروق منه معتبرة لقطعه النبي صلى الله عليه بمجرد الإقرار ولأن الخصومة شرط
لظهور السرقة فلا بد من حضور المسروق منه ثم لا فرق في ظاهر الرواية عن أصحابنا بين أن تثبت
السرقة بالبينة أو بالإقرار فإن أقر أنه سرق ثوبا من فلان وهو غائب فلا يقطع ما لم يحضر المسروق
منه وعن أبي يوسف أنه قال أقطعه بالإقرار وإن لم يكن المسروق منه حاضرا وبه أخذ الشافعي
وذلك لأن القطع حق الله تعالى وخصومة العبد يعتبر لتظهر سببه وقد ظهر بالإقرار فلا حاجة
إلى شرط الحضور كما إذا أقر بالزنا بامرأة غائبة حيث يقام عليه الحد لنا أن المقر به للمقر
ظاهرًا ما لم يوجد التصديق من المقر له ولهذا لو أقر الغائب للحاضر جاز فإذا كان في الملك
موقوفًا إلى التصديق كان أقل أحواله شبهة والحد يندرئ بالشبهات فصار الإقرار
كالشهادة حيث لا يثبت القطع إذا ثبتت السرقة بالشهود ما لم يحضر المسروق منه
فكذا هنا وكما لو قال سرقتها ولا أعرف صاحبها لم يجب القطع بالإقرار مرة أو مرتين
ذكرناه قبيل باب ما يقطع فيه وما لا يقطع فينظر ثمة قوله وكذا إذا غاب عند القطع عندنا
يعني لا يقطع السارق أيضا إذا غاب المسروق منه عند القطع عندنا خلافا للشافعي كما لا

يقطع اذا كان غايبا عند الشهادة او الحكم وقال ابن ابي ليلى يقطع وان كان
المسروق منه غايبا في وقت الشهادة او الحكم كذا ذكر الحاكم مذهبه لكن يقطع
عنده في خمسة دراهم **لنا** ان الامضا من القضا في الحدود ولهذا تجعل الاسباب
الحادثة في الشهود كالارتداد والفسق والجنون والعمى والموت بعد القضا قبل
الامضا كالحادثة قبل القضا وقد مر بيانه في باب الشهادة على الزنا والرجوع
عنها فاذا كان الامضا كالقضا ففي حالة القضا يشترط حضور المسروق منه لجواز التكذيب كاذع
فكذا في حالة الامضا اذا حضر المسروق منه لكن الشاهدان غايبان لم يقطع ايضا
خلافا للحسن وان رجع ابو حنيفة عن ذلك وقال يقطع وهو قول ابي يوسف ومحمد وكذلك
في كل الحدود سوى الرجم وقد مر ذكره في فصل باب ما يقطع فيه وما لا يقطع ثم **اعلم ان**
التقادم مانع للشهادة في الحدود الا في حد القذف الا انه يضمن السرقة وليس بمانع
للاقرار فيوخذ به الا الشرب فلا يوخذ به عندهما خلافا لمحمد وقد مر بيانه في ابتداء باب
الشهادة على الزنا والرجوع عنها فينظر ثم **قوله** وللمستودع والغاصب وصاحب
الربا ان يقطعوا السراق منهم ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا المغصوب منه
وهذه من مسايل المعادة في الجامع الصغير الا قوله ولرب الوديعة ان يقطعه ايضا وكذا
المغصوب منه فانه من الخواص والمستودع بفتح الدال هو الذي عنده الوديعة **اعلم ان**
السارق من مودع او المستعير او المستاجر او المضارب او المستبضع او الغاصب
او الكاسب او المرتهن او القابض على سوم الشرا او القابض بعقد فاسد وكل من له يد
حافظة كالاب والوصي ومتولي الوقف يقطع اذا ظهرت السرقة بخصومة هولاء
عندنا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله للشافعي ان هولاء ليس لهم حق الاسترداد فلا
يلتفت الى خصومتهم لان الشرط ان يكون المسروق مملوكا للمسروق منه ولزفر
ان خصومة هولاء ضرورية لا مطلقة والحد لا يثبت بالضروريات اعني انها ضرورة
الحفظ فلو صحت في حق القطع لزم تفويت الحفظ لان عصمة المال يرتفع حينيذ ولان
شبهة الاذن بالاخذ من المالك او التمليك ثانية والحد لا يثبت بالشبهة **ولنا** ان السرقة
من حرز

حرز مستتم لا شبهة فيه ظهرت بحجة كاملة وهي شهادة رجلين عند خصومة
معتبرة فيجب القطع وهذا لان لهم حق الانتفاع او اعادة اليد كرد المسروق الى المالك
فيعتبر خصومتهم فلما ظهرت السرقة يترتب عليه القطع لا محالة بالنص وسقوط العصمة
معنى حصل في ضمن استيفا القطع فلا يعلل لان ذلك لم يحصل لمباشرة المودع ونحوه
وشبهة الاذن موهومة لا امارة عليها بل قامت الامارة بخلافها وذلك لان الشبهة
احتمال قامت الامارة عليه الا انه لا يعمل به لمعارض ذلك قوله فيبقى صورة الامارة
باسمه ولم يوجد هنا امارة ملك السارق بل قامت الامارة بخلاف ذلك لانه لو كان
له اذن او ملك لما اخذه بسبيل السارقة وفسر الصدر الشهيد والعتابي صاحب الربا
في شرح الجامع الصغير لمن باع عشرة دراهم بعشرين وقبض العشرين ثم جا انسان
وسرق العشرين منه يقطع بخصومته عندنا **قوله** ويقطع بخصومة المالك في السرقة
من هولاء يعني اذا سرق السارق المال من هولاء الجماعة المذكورين فخاصمه مالك المال
يقطع بخصومته وان لم يسرق من عنده قال في كفاية البيهقي فان حضر المالك
وغاب المودع هل يقطع بخصومة المالك فيه روايتان وذكر القدوري في شرح مختصر
الكرخي يقطع بخصومة المغصوب منه وذكر ليس للراهن القطع الآن يقضي الدين ثم للحاكم
لانه ليس قبض المعين وكذلك ذكر في المحيط والايضاح فعلم بهذا ان النسخة الصحيحة في المتن
هي ما روي الا ان الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الراهن وبعد قضا الدين لانه لا حق
له في المطالبة وليست النسخة الاخرى بصحيحة وهي قوله انما يقطع بخصومته حال
قيام الرهن قبل قضا الدين او بعده لانه لا حق له فافهم وانما قيد بحال قيام الرهن لانه
لو هلك الرهن في يد السارق فللمرتهن قطعه دون الراهن لانه بطل عنه الدين اما قطع
المرتهن فهو مذكور في شرح القدوري والاجناس وغيرهما واما عدم قطع الراهن فقد ذكره
صاحب المحيط وعلل كذلك وينبغي ان يكون للراهن ايضا ولاية القطع اذا كانت قيمة الرهن
اكثر من الدين والزايد يساوي عشرة وذلك لان الزايد كان امانة في يد المرتهن فاذا هلك في يده لم
يكن عليه الضمان لعدم التعدي وكذلك السارق لانه متعدي مضمون عليه ما اخذه وللراهن

حتى مطالبة الزايد على قدر الدين فصار الراهن والمرتهن في قدر الزايد بمنزلة رب الوديعة
مع المودع حيث يكون لكل واحد منهما قطع السارق فكذا هنا **قوله** لانه لا حق له في
المطالبة بالعين بدونه اي لا حق للراهن في المطالبة بالعين المرهونة بدون قضاء الدين
وهذا ايضا تحقق ما قلنا من النسخة الصحيحة **قوله** والشافعي بناه على اصله ان
لا خصومة لهولاء في الاسترداد عنده وان مفتوحة الهمزة مخففة من الثقيلة وفيها
ضمير الشان يعني اذا اخذ من في يده المال لا يكون لهولاء الخصومة في الاسترداد عنده
ما لم يحضر المالك وعندنا لهم ذلك **قوله** لان فيه تفويت الصيانة اي لان في القطع بخصومة
هولاء تفويت الحفظ لان عصمة المال تسقط بالقطع فلا يبقى محفوظا بعد ان كان محفوظا
مضمونا فلهذا قال زفر لا يقطع بخصومتهم كيلا يضيع المال **قوله** وسقوط العصمة ضرورة
الاستيفاء فلا يعتبر جواب لقول زفر لان فيه تفويت الصيانة وقد اندرج بيانه فيما
قلنا **قوله** ولا معتبر بشبهة موهومة من الاعتراض جواب سؤال مقدر بان يقال شبهة
الاذن من المالك ثابتة فلا يقطع بخصومة هولاء فاجاب يعني لا اعتبار للشبهة موهوم
اعتراضها بل الاعتبار بشبهة محققة الا ترى انه يقطع بخصومة رب الوديعة مع غيبة
المودع في ظاهر الرواية وفي رواية الجامع الصغير مع ان فيه شبهة موهومة ايضا بان
يقول المودع اذا حضر كان السارق ضيفا عندي ماذونا بالدخول في البيت وكذا يقطع
بالاقرار مع ان الشبهة متوهمة بالرجوع عن الاقرار فعلم ان الاعتبار للشبهة القايمة
الموجودة في الحال لا للشبهة المتوهمة المحتملة الاعتراض **قوله** في ظاهر الرواية
اراد به انه الجامع الصغير واحترز به عما نقل في الاجناس عن نوادر ابن سماعة عن محمد
ان غاب المستودع وحضر رب الوديعة ليس له القطع الا بحضرة المستودع **قوله**
وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة ان يقطع السارق الثاني
وهذه من مسايل الجامع الصغير واراد بالسرقة العين المسروقة اطلاقا لاسم
المصدر على المفعول كما في نسج اليمن ونقل صاحب الاجناس عن كتاب السرقة الاصل
اذا سرق من السارق رجل ولم يقطع يد السارق الاول فالقطع على السارق الثاني ولو كان
قطع

قطع يد السارق الاول لم تجب القطع على الثاني ثم قال ذكر في الجامع الصغير ثم قال
محمد في نوادر هشام ان قطعت يد السارق الاول لم اقطع يد الثاني وان درأت
القطع عن الاول لشبهة وقطعت يد الثاني وفي الاملاء عن ابي يوسف مثله الا هنا
لفظ كله وذكر الطحاوي والكرخي انه لا يقطع السارق من السارق مطلقا ولم يفصل
انقطع الاول او لا والحق التفصيل فان قطع الاول لا يقطع الثاني لارتفاع عصمة المحل فكانت
سرقة مال غير معصوم وان لم يقطع الاول فلخصومة الثاني لان الاول بمنزلة الغاصب
ثم في استرداد العين السارق الاول بعد قطع يده من الثاني روايتان في رواية له ذلك
لان الرد واجب عليه الى المالك اذا كانت العين قايمة وفي رواية ليس له ذلك لان يده ليست
بصحيحة لانها ليست يد ملك ولا يد ضمان لانتفاء العصمة بالقطع حدا ولا يد امانة فيكون
الاسترداد للمالك اما اذا درئ الحد عنه ثم سرقه الثاني فلا رواية في الاسترداد عن اصحابنا
وينبغي ان يسترد لان يده يد ضمان كالغاصب فيسترد ليتخلص عن الضمان **قوله** وللاول
اي السارق الاول الحاجة اي الحاجة الاول الى الرد واجب عليه اي السارق الاول
وهو في موقع التعليل لقوله لحاجته ولم يوجد اي القطع فصار كالغاصب اي صار
السارق الاول كالغاصب وللغاصب ان يقطع بخصومته فكذا للسارق الاول **قوله**
ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وهذه من مسايل
الجامع الصغير ولم يذكر الخلاف عن اصحابنا في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه يقطع
وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول ابن ابي ليلى اذا رد قبل ان يرفع الى
القاضي وبعد ما رفع لا يسقط القطع ووجهه ان القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه الى
الخصومة قياسا على حد الزنا وقياسا على ما بعد المرافعة وهذا هو القياس ووجه
الاستحسان ان حق الله تعالى يثبت في ضمن حق العبد وحق العبد لا يثبت بدون الخصومة
وقد انقطعت الخصومة برد المسروق الى المالك فلما لم يثبت حق العبد لم يثبت ما في ضمنه
بخلاف ما اذا رد بعد المرافعة لانه فعل ما يفعله الحاكم لان الحاكم يقطع ويرد المال الى المالك
ان كان قايما فلا يكون فايدة في رد السارق فلا يسقط القطع قياسا واستحسانا ولان الخصومة

بالتراضي انتهت الى نهايتها والشيء بانتهائه يتاكد ويتقرر فلما كانت كذلك قلنا لوجود الخصومة تقديرًا وان لم يوجد تحقيقا وهي شرط لظهور السرقة وتوجد الظهور بوجود شرطه فيترتب القطع لانه حكم السرقة بالنص قال العتابي في اواخر الكتاب من شروح الجامع الكبير وان رده اي الى ابن المسروق منه او الى اخيه او الى عمه او خاله وهو في عياله لا يقطع استحسانا وكذا اذا رده الى قرابته او الى اجيره مشاهرة او عبده استحسانا يريد به قبل الترافع لان يدمن في عياله كيده من وجه حتى يبرأ المودع بالرد الى هؤلاء بخلاف الغاصب لا يبرأ بالرد الى هؤلاء وان رده الى ابنه الذي لا امرأة له او جده لم يقطع سواء كانوا في عياله او لم يكونوا في عياله استحسانا لان لهم شبهة ملك فكان يد هؤلاء كيده من حيث الشبهة اما المودع يضمن بالدفع الى هؤلاء والغاصب لا يبرأ ولو رده الى امرأة في عياله لا يقطع ولو رده الى مكاتب المسروق منه لم يقطع استحسانا وان لم يكن في عياله لان للمولى حقا وعلى هذا المودع اذا رد الوديعة الى مكاتب المودع او الى من في عيال المودع لم يضمن وكذا اذا سرق من المكاتب ورده الى مولاه لم يقطع لما مر ولو رده الى امرأة المسروق منه في عياله لم يقطع استحسانا لان يد العائل كيد العيال في حق الامانات حتى ان المودع لو دفع الوديعة الى عائله يعني الى الذي المودع في عياله لم يضمن وهذه الرواية لم توجد الا في هذا الكتاب الا هنا لفظ كتابه بخطه تبركا وتكثيرا للفوائد **قوله** لان البينة وفي بعض النسخ ولان بالواو والاول هو الذي وقع مصححا كتابي بخط يدي عند المعارضة وكان نسخة الامام حافظ الدين الكبير البخاري التي كانت بخط يده كذلك ايضا وقد مر التقرير انفا **قوله** لحصول مقصودها الضمير راجع الى الخصومة اي لحصول المقصود من الخصومة هو الوصول للمسروق الى المالك **قوله** فيبقى تقديرا اي يبقى الخصومة تقديرا **قوله** واذا قضي على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع قال صاحب الهداية معناه اذا سلمت يعني الى السارق وانما فسره لان الهبة اذا لم يتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل سرق سرقة فقضى القاضي بالقطع ثم وهب رب السرقة السرقة للسارق قال يدرأ عنه القطع قال الامام علاء الدين العالمي في

طريقه

في طريقة الخلاف قال علماؤنا رحمهم الله السارق اذا ملك المسروق بعد القضاء قبل الاستيفاء بالهبة وغيره من اسباب الملك لا يجوز استيفاء القطع وقال زفر والشافعي يجوز واجمعوا على انه لو ملك قبل الخصومة لا يجوز استيفاء القطع ولو ملك بعد الخصومة قبل القضاء عندنا لا يجوز وللشافعي فيه قولان الا ان هنا لفظه وروي عن ابي يوسف ان القطع لا يسقط بالملك بعد الترافع لهم ان السرقة قد وجدت بالملك بعد الترافع لا يتبين انه ما كان سارقا فلا يثبت الشبهة فيجب القطع **ولنا** ان الامضاء من القضاء في باب الحدود بدليل الجرح الحادث كالكفر والعمى وتجوز ذلك بعد القضاء قبل الامضاء في الشهود فان الحدود لا يستوفى اذا كانت الشهود على هذه الاوصاف وقت الاستيفاء بالاجماع ذكره في الاسرار والملك الحادث في هذه الحالة كالملك الحادث قبل القضاء لان القاضي لما لم يمض صار كانه لم يقض فلا يستوفى القطع كما قبل القضاء وهذا لان القاضي لا يخرج عن عهدة القضاء في باب الحدود بمجرد قوله قضيت بل بالاستيفاء جلدا او رجما او قطعا فلا جرم كان الامضاء من القضاء بخلاف حقوق العباد فانه بمجرد قوله قضيت يخرج عن عهدة القضاء ولان السارق لو قطع بعد الملك قطع في ملك نفسه فلا يجوز ان يقطع الانسان في ملك نفسه ولان السبب الطاري في الحدود يجعل كالموجود في الابتداء في حق الاسقاط لا في الايجاب الا ترى ان رجلا اذا قذف اخر فزنى المقذوف يسقط الحد عن القاذف وكذا فيما نحن فيه لما ملكه بعد القضاء صار كانه كان في الحال وقت السرقة فصار شبهة فسقط الحد كما لو اقر بالمسروق للسارق وكما اذا اقامت البينة انه للسارق فان **قلت** ان الشافعي تمسك بما روي عن صفوان ابن امية انه كان قائما في المسجد متوسدا رداءه فجاء سارق فسرقه فاتى به النبي صلى الله عليه وسلم فامر به ليقطع فقال تؤذي به يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه فهلا قبل ان تأتيني به **قلت** متن الحديث مضطرب في بعض الروايات هو له وفي بعضها هو عليه صدقة وفي بعضها انا ابتعه فيتوقف الحال ان يصح ولئن صح فلا نسلم ان النبي صلى الله عليه قطعه لانه لا يفهم ذلك من قوله فهلا قبل ان تأتيني به ولئن صح القطع فنقول لا نسلم ان الحديث يتعلق بموضع النزاع لانه لا يفهم من قول الرجل هو له انه اقبضه الهبة وبدون القبض لا يثبت الملك في

نقول ان النبي صلى الله عليه اشار اليه بالستر يعني انك كنت تريد الهبة فلم فضحته بالعرض
على نهلا وهبته لن تبلان يا تيني **قوله** وبهذا العارض لا يسقط قيام الملك وقت السرقة
اي بعارض الهبة والبيع بعد القضا لا يظهر ان السارق كان مالكا وقت السرقة
بل يقبض الملك على وقت وجود الهبة والبيع واحترز به عن الاقرار بان المسروق منه اذا اقر
بالمسروق للسارق بعد القضا يجعل الملك له ثابتا من وقت السرقة **قوله**
لو قوع الاستغنا عنه بالاستيفا اذ القضا للاظهار والقطع حق الله تعالى
وهو ظاهر عنده يعني ان الامضا انما كان من القضا في باب الحدود لان الاستغنا عن
القضا يحصل بالاستيفا والامضا لا بمجرد القضا بقوله قضيت لان القضا للاظهار من
الخفي وهنا ان الحق هو الله تعالى وحقه ظاهر عنده لا يعزب عن علمه مثقال ذرة
في الارض ولا في السما فلا حاجة الى الاظهار لانه تحصيل الحاصل فكان المقصود من
القضا الامضا فاشترطت الخصومة عند الامضا لان حق الاستيفا انما يكون اذا كان
القطع واجبا وانما يجب القطع اذا قامت الحجة موجبة للقطع وانما يكون الحجة موجبة للقطع
اذا كانت الخصومة قائمة عند استيفا القطع وعند الاستيفا ارتفعت الخصومة بالملك
العارض هبة او بيعا فلم تكن الحجة موجبة للقطع لعدم الخصومة فلم يجز الاستيفا لعدم وجوب يكن مع
القطع فصار الملك الحادث بعد القضا كالملك قبل القضا لان الملك لم يمض فكانه لم يقض وهو معنى
قوله فصار كما اذا ملكها منه قبل القضا اي المسروق منه السرقة اي العين المسروقة من السارق
وفي بعض النسخ عنده قبل القضا اي عند الله تعالى **قوله** قال وكذلك اذا انقصت قيمتها
من النصاب يعني قبل الاستيفا بعد القضا وهذه من مسائل مختصر القدوري ولفظه فيه
وان وهبها من السارق او باعها اياه او نقصت قيمتها من النصاب لم يقطع **قلت** اما الهبة قد مر ذكر الروايتين في اول كتاب السرقة
والبيع فقد مر بيانهما انفا واما نقصان القيمة من حيث البيع بعد القضا فهل يمنع القطع ام لا
فنقول فيه روايتان عن اصحابنا في رواية الكرخي شرط القطع كمال النصاب وقت
الاخذ ووقت القطع جميعا وفي رواية الطحاوي وقت الاخذ يحسب حتى لو انقصت قيمته
من النصاب يقطع كذا روى القدوري في شرحه عن محمد وهو قول زفر والشافعي وجه
كما روى

ما روي عن محمد ان نقصان العين من النصاب بعد الاخراج لا يؤثر في سقوط القطع
فكذا نقصان القيمة من حيث السعر لان سبب القطع سرقة النصاب وقد وجدت ولنا
ان كمال النصاب وقت الاخراج لما كان شرطا لوجوب القطع كان قيامه وقت القطع شرطا
ايضا لان الامضا من القضا في الحدود وبيانه ان القطع يجب بقضا القاضي بالحجة الموجبة
للقطع وانما تتم الحجة موجبة للقطع عند الاستيفا فيعتبر كمال النصاب عند الامضا و
قياس نقصان السعر على نقصان الاجزا ضعيف لان الجز اذا فات بعد الاخراج بالهلاك او الاستهلاك
يكون مضمونا على السارق دينا على ذمته فيكون النصاب كاملا عينا في حالة الاخراج
ودينا في حالة الاستيفا الا ترى انه اذا اتلف كله يجب القطع فكذا اذا اتلف بعضه و
ليس كذلك نقصان السعر فانه ليس بمضمون على السارق لان النقصان ليس بنقصان
البدل الا بفتور رغبات الناس ولهذا اذا رد العين لا يؤاخذ بما انتقص من السعر فاذا
قطع في نقصان السعر قطع فيما ليس بنصاب فلا يجوز ذلك وهذا معنى قوله فافترقا اي افترق
نقصان السعر ونقصان العين حيث وجب القطع في الثاني دون الاول **قوله** واذا ادعى
السارق ان العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم البينة وهذا لفظ
القدوري في مختصره قال صاحب الهداية معناه بعدما شهد الشاهدان بالسرقة يعني سقوط
القطع عن السارق بمجرد الدعوى بدون اقامة البينة على ان العين المسروقة ملكه
فيما اذا كان الدعوى بعد الشهادة لانه اذا اقر بالسرقة ثم رجع يسقط القطع
بالاتفاق وقال صاحب الهداية قال الشافعي لا يسقط بمجرد الدعوى يعني لا يسقط
ما لم يقم البينة على ان العين ملكه وعلل بقوله لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى
سد باب الحد قلت والمشهور عن الشافعي ان السارق اذا قال سرقت
ملكي يسقط القطع عنه بمجرد دعواه كذا في وجيزهم وفيه ايضا لو قال السارق هو
ملك شريكي في السرقة فلا قطع فيه ايضا ولو قال العبد للسارق هو ملك سيدي فلا
قطع وان كذبه السيد فعلم ان ذكر الخلاف فيه نظر فلعل صاحب الهداية وجد نقلا صحيحا
في خلافه **ولنا** ان الحد يسقط بالشبهة وقد تحققت الشبهة بمجرد دعوى الملك لاحتمال

انه سرق ملك نفسه فيسقط الا ترى ان المقر بالسرقة اذا رجع صح رجوعه وان كان
لا يحتج عند كل مقر فيسقط القطع نعم ان علم الحجة لا يمنع سقوط القطع **قوله** بما قال
ابي الشافعي واراد به تعليله بقوله لانه لا يحتج عنه سارق **قوله** واذا اقر رجلان
بسرقة ثم قال احدهما هو مالي لم يقطعا وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وذلك
لان الرجوع عن الاقرار صحيح لعدم المكذب بخلاف حقوق العباد الا ترى ان النبي صلى
الله عليه قال بعد ما هرب ماعز عن الحد هلا خليتم سبيله وهربه كان دليل رجوعه
فاذا صح دليل الرجوع فحقيقة الرجوع اولى فاذا صح الرجوع درئ الحد عن الراجع ودرئ
عن شريكه ايضا لتمكن الشبهة لان الفعل واحد **قوله** فان سرقا ثم غاب احدهما
وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الاخر في قول ابي حنيفة الآخر وكان يقول اولا لا يقطع
وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة قال في الشامل في قسم المبسوط شهدا على رجلين
انهما سرقا من فلان الفا واحدهما غايب يقطع الحاضر استحسانا وجه قوله الاول ان
الحاضر لو قطع قطع مع الشبهة فلا يجوز ذلك لان الحد يدرأ بالشبهة وهذا لان الغايب
لو حضر ربما يدعي شبهة دارئة للحد عن نفسه وعن شريكه بان يقول سرقنا مالنا كالقصاص
المشترك بين اخوين احدهما غايب فاقام الحاضر البينة لا يستوفي القصاص ما لم يحضر
الغايب ويعيد البينة لشبهة العفو وجه قوله الآخر ان السرقة لا يثبت على الغايب
لان القضاء على الغايب لا يجوز فصار الغايب في حكم هذه الشهادة كانه معدوم والعدم
لا يصلح شبهة في حق الحاضر كما اذا شهدا على فلان انه زنى بفلانة وهي غايبة يحد الرجل
استحسانا وهذا لان المعتبر هي الشبهة المحققة الموجودة في الحال لا الشبهة المعدومة
الموهومة الا ترى ان النبي صلى الله عليه حد ماعزا ولم يعتبر الشبهة الموهومة من جهة
الغايبة فعلم ان توهم الشبهة ليس بشبهة حقيقة قوله عليه السلام ادرأوا الحدود بالشبهات
ولم يقل بتوهم الشبهات بخلاف شبهة العفو من احد شريكي القصاص الغايب فانها
موجودة في الحال لا موهومة لان الامارة قايمة عليها لقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى
قال الحاكم الشهيد في الكافي فان جاء الغايب بعد ذلك لم يقطع بالشهادة الاولى حتى يعاد
عليه

عليه تلك البينة او غيرها فيقطع حينئذ **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر قريبا من ورقة
بقوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن **قوله**
واذا اقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقة
الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف انه يقطع والعشرة للمولى
وقال محمد لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة
اعلم ان العبد اذا اقر بسرقة فلا يخلو اما ان كان محجورا عليه او ماذونا له في التجارة
والمال قايم او هالك فان كان محجورا والمال قايم ان صدقه مولاه يقطع ويرد المال الى المسروق
منه وان كذبه المولى فقال الدراهم مالي ففيه الاختلاف المذكور فعند ابي حنيفة القطع
والرد الى المسروق منه وعند ابي يوسف القطع دون الرد وعند محمد لا قطع ولا رد و
يضمن مثله بعد العتاق وان كان المال هالكا صح اقراره بالحد في قول اصحابنا جميعا
ولا ضمان عليه سواء صدقه مولاه او كذبه ثم ان كان المال قايما يرد الى المسروق منه
وان كان هالكا فلا ضمان اصلا لان القطع حدا والضمان لا يجتمعان عندنا وعند الشافعي
يقطع المحجور والمال للمولى كما قال ابو يوسف الا انه يضمن مثله اذا عتق لان من اصله
ان القطع لا يزيل الضمان وهذا اذا كان العبد كبيرا وقت الاقرار اما اذا كان صغيرا فلا قطع
اصلا لكن ان كان ماذونا يرد المال الى المسروق منه ان كان قايما وان كان هالكا يضمن وان كان
محجورا فان صدقه المولى يرد المال الى المسروق منه ان كان قايما **اما** اذا كان هالكا
فلا ضمان عليه لا في الحال ولا بعد العتق كذا ذكر الامام الاسبيجابي والاصل هنا ان
اقرار العبد بالحدود والقصاص صحيح عندنا لان الاصل ان كل ما لا يصح اقرار المولى فيه
على عبده يصح اقرار العبد فيه والمولى اذا اقر على عبده بالقصاص او بحد الزنا او
القذف او الشرب او القطع في السرقة لا يصح فلو اقر العبد بهذه الاشياء صح وعند
زفر اقرار العبد بذلك ليس بصحيح لانه يوجب استحقاق رقبته او حريته على المولى وذلك
مال المولى واقرار الرجل على غيره ليس بصحيح ولهذا لو اقر برقبته لانسان اخر لا يصح
فكذا اقراره بالقصاص **ولنا** ان اقراره بالحد والقصاص صحيح لان وجوب الحد والقصاص

باعتبار الادميه لا باعتبار الماليه والعبد في معنى الادمية مثل الحر فلهذا صح
اقراره كالحر ولانه ليس بمتهم في اقراره لان الضرر الذي يلحق نفسه اكثر من الضرر
الذي يلحق مولاه من جهة المال ولهذا اذا شهد العبد برؤية الهلال في رمضان وفي
السما علة يقبل الامام شهادته لعدم التهمة لانه يلحقه مشقة الصوم فيثبت الحكم
في حقه ثم يثبت في حق غيره تبعا اما اذا اقر المولى على عبده فيما دون النفس فيما يجب
فيه الدفع والفدا لا يصح اقرار المولى عليه ان لم يكن عليه دين لان ما دون النفس يسلك فيه
مسلك الاموال فصار كانه اقر على نفسه بمال فصح وان كان عليه دين فلا يصح
وجه قول محمد في المحجور ان الاصل في باب السرقة هو المال لان القطع لا يكون
الا بالجناية على مال مخصوص واقراره بالمال لا يصح لان ما في يده لمولاه فلا يصح
اقراره بالقطع لانه بنا على المال ولهذا لا يصح اقراره بالغصب فاذا بطل الاصل بطل
التبع او نقول العبد لا يقطع في مال المولى وما في يده لمولاه فلا يقطع ووجه
قول ابي يوسف ان اقراره يتضمن شيئين القطع والمال فالاول على نفسه فيصح لعدم التهمة
والثاني على مولاه فلا يصح للتهمة ولا يلزم من ثبوت القطع ثبوت المال ولهذا اذا اقر
بسرقة مستهلكة وجب القطع دون المال الا ترى ان رجلا لو قال سرقت
هذا الثوب الذي في يد زيد من عمرو يقطع ولا يثبت الثوب للمقر له ووجه قول ابي
حنيفة ان اقراره بالقطع صح لانه باعتبار الادمية وباعتبار انه ليس بمتهم فيه
لان الالم الذي يلحقه اكثر من الضرر الذي يلحق المولى في المال فلما صح اقراره بالقطع صح
اقراره بالمال ايضا تبعا وضمنا لان المال تبع في حالة البقا ولهذا لو هلك المال
او استهلكه صح اقراره بالقطع بالاتفاق وهذا لان الاقرار يلاقي حالة البقا
لانه اخبار عن امر قد كان فيكون وجود الحرية سابقا فيكون الاقرار ملاقيا
للبقا لا محالة والقطع في البقا اصل والمال تابع لما قلنا ولان عصمة المال
يسقط بوجوب القطع فاذا صح الاصل يتبعه ما كان تبعا له فيرد المال الى المسروق
منه لانه لا قطع في مال المولى ولا يشبه هذا سرقة ثوب بيد زيد من عمرو حيث يجب القطع
وان لم يرد

وان لم يرد الثوب الى عمرو لانه يجوز ان يكون عمرو مودعا وفي سرقة ما في يد المودع
يقطع بخصومته وان لم يرد المال اليه وهنا اذا لم يرد الى المسروق منه يلزم ان
يكون القطع في مال المولى وهو فاسد قوله وهذا عند ابي حنيفة اي القطع
والرد قوله ومعناه اذا كذبه المولى اي معنى الاختلاف فيما اذا كذب المولى
المحجور اما اذا صدقه يقطع ويرد المال الى المسروق منه وان كان قايما ولو
اقر بسرقة مال مستهلك صح اقراره بالقطع باتفاق اصحابنا ولا ضمان عليه
صدقه مولاه او كذبه كذا في شرح الطحاوي وغيره قوله في الوجهين اي
فيما اذا كان المال قايما او هالكا قوله وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها اي فيما اذا
كان العبد محجورا او ماذونا والمال قايم او مستهلك قوله لانه يرد على نفسه و
طرفه اي لان اقرار العبد يرد على نفسه اذا اقر بقتل العمد وعلى طرفه اذا اقر بالسرقة
ونفسه وطرفه مال المولى فلا يصح لكن الماذون يواخذ بالضمان اذا استهلك المال
ويواخذ بالمال ان كان قايما لان الماذون مسلط على الاقرار من جهة المولى ولا يصح من
المحجور الاقرار بالمال ايضا لانه ليس بمسلط من جهة المولى قوله ومثله مقبول على
الغير اي مثل الاقرار الذي يستمل على المقر مقبول على الغير ايضا تبعا كما في شهادة
العبد برؤية الهلال من رمضان وقد مر انفا قوله ولهذا لا يصح منه الاقرار بالغصب قوله
ايضاح لقول محمد ان اقرار المحجور بالمال باطل بدليل عدم صحة اقراره بالغصب
في سرقتها اي في سرقة مال المولى فيها اي في السرقة قوله حتى يسمع الخصومة فيه بلا
القطع هذا ايضاح لكون المال اصلا والقطع تابعا والضمير في فيه راجع الى المال
يعني لو قال المسروق منه انا ابغي المال لا القطع يسمع خصومته ولو قال على العكس
انا ابغي القطع لا المال لا يسمع خصومته والدليل على كون المال اصلا ايضا ان المال يثبت
لا قطع ثمة كما اذا شهد رجل وامراتان على السرقة بشهادة الفروع او كتاب
القاضي الى القاضي قوله فلا يصح في حقه فيه اي لا يصح اقرار المحجور في حق المولى
في المال قوله والقطع يستحق بدونه اي بدون المال كما اذا اقر بسرقة مستهلكة وقد مر

قوله لما بينا اشارة الى قوله يصح اقراره من حيث انه ادمي ولانه لا يتهم في هذا الاقرار
قوله بلا في حالة البقا قد مر بيانه انفا **قوله** باعتباره اي باعتبار القطع
وانما يسقط العصمة باعتبار القطع لان القطع والضمان لا يجتمعان عندنا وسقوط
العصمة يدل على ان المال تابع في حالة البقا لانه لو كان اصلا مقصودا لما ادى نفع لعدمه
وفي وجوب القطع بعد استهلاك المال ايضا دليل على عدم اصالة المال في حالة
البقا، **قوله** ولو صدقه المولى يقطع في الفصول كلها لزوال المانع وهو حق المولى
اراد بالفصول ما اذا كان العبد محجورا او ماذونا والمال قايم او هالك الا اذا كان
صغيرا فلا يقطع اصلا وقد مر بيانه انفا **قوله** واذا قطع السارق والعين قايمة في
يده رد على صاحبها لبقايها على ملكه وان كانت مستهلكة لم يضمن وهذه من مسايل
الجامع الصغير المعادة قال صاحب الهداية وهذا الاطلاق يشمل الهلاك و
الاستهلاك يعني لما لم يضمن في صورة الاستهلاك مع وجود فعل منه فلان لا يضمن
في صورة الهلاك اولى **اعلم** ان السارق اذا قطعت يده يرد المسروق الى
صاحبه ان كان قايما لقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترد ولان النبي صلى الله عليه قطع
سارق رداء صفوان ورد الرداء اليه ولان السرقة سقط العصمة لا الملك وهو
عين مال المسروق منه فيرد اليه كالعصير المغصوب اذا صار خمرا يرد الى المغصوب منه
اما اذا استهلكه ففي المشهور عن اصحابنا انه لا يضمن وهو رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة
وروى الحسن عن ابي حنيفة انه يجب عليه الضمان ذكره علا الدين العالم في طريقة
الخلاف وعند الشافعي يجب عليه الضمان استهلكه او هلك وعلى قول مالك
ان هلك بنفسه او استهلكه وهو موسر ضمن وان كان معسرا فلا ضمان عليه وان ايسر بعد كان ع
ذلك كذا ذكره الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وعند احمد ابن حنبل يجب
عليه الضمان موسرا كان او معسرا واصل المسلة ان القطع والضمان لا يجتمعان
حكما للسرقة الواحدة عندنا خلافا لهم وجه قولهم انه اتلف مالا متقوما للغير
بغير اذنه فيضمن كما في الغصب ولهذا لو تلف في يده قبل الاخراج من الحرز يضمن ولا
منافاة

منافاة بين القطع والضمان فيجتمعان وهذا لان السرقة الواحدة جناية على
حقين مختلفين وهما القطع والضمان مستحقين لله تعالى وللعبد بسببين
مختلفين وهما هتك حفظ الله تعالى وحرمته بترك الانتهاء عما نهي واخذ مال
الغير فالقطع يجب بترك الانتهاء والضمان يجب باخذ المال والا فانه يجب الضمان
على مثال شرب خمر الذمي حيث يجب الحد حقا لله تعالى والضمان حقا للذمي عندكم
وكذا اذا قتل صيدا مملوكا في الحرم والاحرام يجب جزاء الصيد حقا لله تعالى وقيمته
حقا للعبد وهو المالك وكذا اذا قتل انسانا خطا يجب الكفارة حقا لله تعالى والدية
حقا للعبد **ولنا** ما روى اصحابنا في عامة كتبهم عن عبد الرحمن ابن عوف عن
رسول الله صلى الله عليه انه قال لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان الله
جعل القطع جزاء السرقة قال تعالى جزاء بما كسبا وجزاء الشي انما يكون جزاء اذا
كان كافيا في كونه جزاء فلما سماه الله جزاء علمنا انه كاف فلا حاجة الى ايجاب
شي اخر وهو الضمان وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ومن جهة النظر
انه لا يجوز ان يجب بفعل واحد مال وحد والدليل عليه ان وجوب المال بالقتل يمنع وجوب
القصاص وكذلك وجوب المهر بالوطء يمنع وجوب الحد بالوطء الذي به وجب المال
فيثبت بذلك ان وجوب القطع ينفي الضمان المال اذا كان فعلا واحدا لا يجوز ان يجب به
مال وحد كما لا يجب به قصاص ومال وحد ومال الى هنا لفظ ابي بكر الرازي ولان القطع
وجب حقا لله تعالى خالصا فينبغي ان يكون سببه ايضا خالصا لله تعالى لان المسبب
ابدا يثبت بحسب السبب وخلوص السبب انما يكون اذا كانت الجناية على حق الله تعالى
خالصا بلا شبهة وذلك بتحول العصمة الى الله تعالى عند السرقة اذ لو لم يتحول العصمة
بان يكون العين محرمة الانتفاع لعينها حقا لله تعالى كانت مباحة في نفسها حراما
لغيره وهو المالك فكان كونها مباحة في نفسها شبهة في تناولها والحد يندرئ
بالشبهة فلما ثبت القطع بالنص والاجماع ثبت ان السبب ليس فيه شبهة بل العصمة من نفعة
الى الله تعالى حقا لله فكان العين المسروقة حراما لعينها كالدم والميتة فلم يجب

الضمان ولان من اصلنا ان الضمان اذا وجب ثبت الملك مستندا الى وقت الاخذ فلا يجوز
ان يقطع الانسان في ملك نفسه والقطع واجب بالاجماع فلا يجب الضمان لان الضمان
ينافيه لانه على تقدير الضمان يلزم ان يقطع في ملك نفسه وهو محال والمستلزم للمحال محال
وهو معنى قولنا وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي اي الذي يؤدي الى انتفاء القطع
وهو الضمان هو المنتفي وبما قررنا عرفت ان السرقة جناية على حق واحد وهو حق الله
لا على حقين بخلاف ما قاس عليه من المسائل والباقي يعلم في طريقة الخلاف ان شاء الله
والجواب عما اذا تلف في يده قبل الاخراج فنقول كلامنا في ان القطع والضمان لا يجتمعان
حكما للسرقة الواحدة فلا سرقة قبل الاخراج من الحرز وايضا لا قطع ثم فلم يجتمعا
فلا يرد علينا قال الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير وروي عن محمد ابن الحسن انه
قال الغالب علية الضمان في الحكم القضا واما فيما بينه وبين الله تعالى فالضمان واجب وهذا
القول احسن هذا اللفظ كتابه **قوله** يضمن فيهما اي في الهلاك والاستهلاك **قوله**
الا ان العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل اخر غير فعل السرقة ولا ضرورة
في حقه هذا جواب سوال مقدر بان يقال اذا سقطت العصمة عند السرقة كيف يجب
الضمان بالاستهلاك على رواية الحسن فاجاب عنه وقال لان فعل الاستهلاك غير
فعل السرقة ونحن انما قلنا سقوط العصمة في حق السرقة ضرورة وجوب القطع بانتفا
الشبهة في المسروق ولا ضرورة لسقوط العصمة في حق الاستهلاك فلا يظهر سقوطها
في حقه فيجب الضمان **قوله** وكذا الشبهة يعتبر فيما هو السبب دون غيره اي
الشبهة وهو كون المسروق مباحا في نفسه حراما لغيره يعتبر في حق السبب وهو فعل
السرقة دون غيره وهو الاستهلاك حتى قلنا ان المسروق لم يبق مباحا في
نفسه كيلا يكون فيه شبهة نافية للحد ولا يلزم من هذا ان لا يكون حراما لغيره في حق
الاستهلاك **قوله** وجه المشهور ان الاستهلاك اتمام المقصود فيعتبر الشبهة
فيه اي في الاستهلاك يعني ان مقصود السارق صرف المسروق الى ما يحتاج اليه في
الاستهلاك اتمام ذلك فيعتبر الشبهة فيه كما في فعل السرقة **قوله** ولهذا يظهر
سقوط

سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفا
المماثلة اي لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعني يلزم من سقوط
العصمة سقوط الضمان وهذا لان الضمان العدوان مبني على المماثلة بقوله تعالى
فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينبغي الضمان
لان المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم و
الميتة والذي لو وجب على السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب
الضمان لانتفاء المماثلة **قوله** قال ومن سرق سرقات فقطع في احداها فهو
لجميعها ولا يضمن شيئا عند ابي حنيفة وقالا يضمن كلها الا التي قطع لها وهذه
من مسائل الجامع الصغير المعادة وروي عن ابي حنيفة مثل قولهما كذا ذكر صاحب
الشامل في قسم المبسوط وجه قولهما ان الخصومة شرط لظهور السرقة
فبخصومة الحاضر لم يظهر السرقة من الغائبين فلم يكن القطع للسرقات
كلها بل للحاضر لانه ليس بنائب عنهم فيضمن لهم لان عصمة اموالهم لم يرتفع لعدم
وقوع القطع لهم ووجه قول ابي حنيفة ان الواجب لكل السرقات قطع واحد
لان الحدود مبناها على التداخل ولهذا لو حضروا جميعا لا يستوفى لهم الا قطع واحد
وهذا لان الحد يجب لله تعالى لا للعباد الا ان الخصومة شرط الظهور بسبب القطع وهو
السرقة عند القاضي فلما ظهر بخصومة الواحد وقع القطع عن الكل كما لو خاصموا
جميعا الا ترى ان رجلا لو قتل جماعة فقدمه اولياء المقتولين فقتله كان القتل لهم جميعا
ولا يجب لغيره غير ذلك وكذلك لو قذف رجل جماعة فقدمه واحد منهم واقيم عليه
الحد صار الحد لهم جميعا فان قلت في قطع اليد براءة من الضمان فلو ابرا الحاضر السا
رق عن الضمان صريحا وقال ابرأتك عن السرقات كلها لا يبرأ عن الجميع فكذا اذا
قطع له قلت كم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فلا يلزم من عدم البراءة قصدا
عدم البراءة ضمنا للقطع الا ترى ان رجلا لو سرق من عبد او مكاتب فقطع يبرا من
الضمان فلو اصحا ما لا ابرا ابتداء لا يبرأ **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا كان النصب

كلها الواحد يعني اذا سرق النصف من واحد من الخوم في بعض النصب فقطع لا يضمن
باقي النصف عند ابي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما

فصل

فيما يحدث السارق في السرقة لما ذكر كيفية القطع شرع فيما يحدث
السارق من الصنعة في السرقة فهل يكون ذلك شبهة دارئة للحد ام لا اذ حدوث
الصنعة فيها امر عارض والعارض بعد الاصل وكذلك الشبهة عارضة لان الاصل
عدم الشبهة **قوله** ومن سرق ثوبا فشقه في الدار نصفين ثم اخرجه وهو
يساوي عشرة دراهم قطع هذه من مسائل الجامع الصغير المعادة قال فخر الاسلام
البزدوي في شرحه للجامع الصغير وروي عن ابي يوسف انه لا يقطع وكذلك
ذكر الصدر الشهيد والعتابي فبهذا يعلم ان قول ابي يوسف في الظاهر كقولهما
ولهذا قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال ذكر الطحاوي قول ابي يوسف
مع محمد وقول محمد مع ابي حنيفة في الظاهر وذكر شمس الائمة البيهقي ايضا في كفايته
وعن ابي يوسف وهو رواية عن ابي حنيفة لا يقطع وذكر في الاسرار هذه المسألة وقال
قطع عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا يقطع وكذلك ذكر في الشامل في قسم المبسوط
حيث قال قطع خلافا لابي يوسف وكذلك قال الحاكم الشهيد في الكافي حيث قال وقال
ابو يوسف كل شيء تجب عليه قيمته ان شاء ذلك وترك المتاع فلا قطع عليه فيعلم من هذا
ان ظاهر قوله ليس كقولهما وهذا الخلاف فيما اذا اخرقه خرقا فاحشا بان يشقه
طولا اما اذا كان الخرق يسيرا بان شقه عرضا فانه يقطع بالاتفاق اذا كان بعد
الشق يساوي عشرة دراهم الى هذا اشار في شرح الطحاوي قال صاحب المختلف
ان ضمنه وترك الثوب عليه لا يقطع بالاجماع لانه تملكه بالضمان فعلم ان الخلاف
فيما اذا اختار تضمين النقصان واخذ الثوب وجه قول ابي يوسف انه اخرجه
من الحرز وله فيه سبب الملك وهو الشق ولهذا اذا اختار تضمين الثوب لا يقطع بالاتفاق فلم
ينعقد فعل السرقة علة لوجوب القطع مع قيام الشبهة كما اذا سرق المشتري ثوبا فيه خيار
للبايع ثم فسخ البايع البيع ووجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الشق ليس بسبب للملك وانما

هو سبب

هو سبب للضمان وانما يصير سببا للملك عند اداء الضمان لا في الحال فاذا اختار المسروق
منه الضمان وترك الثوب يصير سببا للملك فلا يقطع واذا اختار تضمين النقصان واخذ
الثوب لا يصير سببا للملك فلا يكون الشبهة موجودة لان الشبهة انعقاد سبب
شرعي للملك او بعض الحكم لكنه لم يوجد لمانع وهنا لم يوجد الانعقاد اصلا في اتصال
الشق بنفس الاخذ لانه يحتمل ان يصير سببا للملك الضمان ومع هذا لم يعتبر وكذا فيما نحن
فيه فصار كما اذا سرق البايع معيبا مما لم يعلم بعيبه المشتري فانه يقطع وان كان
احتمال الملك قائما على تقدير الرد بخلاف ما ذكر ابو يوسف حيث لا يقطع لان سبب الملك وهو
الشراء موجود لان وضعه للملك لكن الملك لم يثبت في الحال لمانع وهو الخيار فكان سبب
الملك شبهة قائمة في الحال بخلاف الشق فانه ليس بسبب في الحال فظهر الفرق **قوله**
وصار كالمشتري اذا سرق معيبا فيه خيار للبايع والجامع وجود سبب الملك حالة
السرقة في المقيس وهو الخرق الفاحش وفي المقيس عليه وهو الشراء وبيان الخرق
الفاحش وهو ما يبطل عامة منافعه سوف تجيء في باب الغصب ان شاء الله تعالى **قوله**
البلالين الشنية بطون الثغليب لطلب الخفة اذ المسروق ينتدر و البدل فيه **قوله**
خلافا لما ذكر ابو يوسف وهو قوله كالمشتري اذا سرق معيبا فيه خيار للبايع **قوله**
واذا سرق شاة فذبحها ثم اخرجها لم يقطع وهذه من معادة الجامع الصغير وذلك لان
الشاة لما صارت لحما نقصت المالية لان اللحم مما يتسارع اليه الفساد ولا قطع
فيه وروي عن ابي يوسف انه يقطع كذا **في كفاية البيهقي قوله** ومن سرق ذهبا
او فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم او دنانير قطع فيه ويرد الدراهم والدنانير
الى المسروق منه وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها اي
سرق ذهبا او فضة يساوي عشرة دراهم وهو معنى قوله يجب القطع والضمير في
عليها ينصرف الى الدراهم والدنانير وهذه معادة في الجامع الصغير الا ذكر الخلاف
فانه من الخواص لانه ذكر في الاصل ولو كانت دراهم فسبكها او صاغها قلنا كان
للمسروق منه ان ياخذه ولم يذكر الخلاف وقال في شرح الطحاوي الدراهم للسارق

عندهما في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى وجب أن يرده هاهنا قال والأصل في هذه
المسائل أن في كل موضع ينقطع حق المغصوب منه من العين ينقطع حق المسروق
منه وفي كل موضع لا ينقطع حق المغصوب منه عنده فكذا هنا لا ينقطع حق المسروق
منه في السرقة وعندهما ينقطع في الغصب فكذلك في السرقة وجه قولهما أن
هذه الصنعة مبدلة العين ألا ترى أنه كان يقال تبر ذهب أو فضة والآن يقال
دراهم أو دنانير ثم الصنعة بتركيب الغاصب حصل وهي ملكه متقوم والأصل
هو التبر كان للمغصوب منه فلما لم يمكن مراعاة حقهما جميعا وجب قطع حق المالك
الضمان لأنه أقل ضررا كما إذا غصب حديدا أو نحاسا واتخذه آلة كالسيف ونحوه ثم
هل يجب القطع في الصورة المسروقة على قولهما اختلف المشايخ قال بعضهم لا يقطع
لأنه ملك المسروق قبل استيفاء القطع لكن يجب على السارق للمالك مثل المأخوذ
وقال بعضهم يقطع ولا شيء على السارق لأنه لم يملك عين المسروق لأنه بالصنعة
صار شيئا آخر وجه قول أبي حنيفة أن الصنعة في الذهب والفضة غير متقومة
بدليل أنها لا ترفع حكم الربا بخلاف الحديد ونحوه فإن الصنعة فيه متقومة ولهذا
لو كسر إبريق فضة لإنسان لم يكن للمالك أخذه وتضمين الصنعة وفي غير الذهب
والفضة كالحديد له أن يمسك العين ويضمن الصنعة ولما كان حق المالك وهو عين الذهب
والفضة متقوما وحق السارق أو الغاصب ليس بمتقوم كان رعاية المتقوم أولى فيرد
الدراهم والدنانير إلى المسروق منه والمغصوب منه ولا إشكال في وجوب القطع
على مذهب أبي حنيفة لأن السارق لم يملك العين بهذه الصنعة **قوله** ومن سرق
ثوبا فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب وهذه من مسائل المفاده في الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في السارق يسرق الثوب فيقطع يده وقد صبغ
الثوب أحمر قال ليس لصاحبه سبيل ولا ضمان على السارق وقال محمد يأخذه صاحبه
ويعطيه ما زاد الصبغ فيه ليس له غيره ذلك وإن صبغه أسود أخذه في قولهم قال
فخر الإسلام في الجامع الصغير معنى قوله في قولهم يريد في قول أبي حنيفة ونفسه
قول

ابريق

قول محمد أن بالصبغ لا ينقطع حق المالك لأنه لم يوجد استهلاك العين بوجه لأن الثوب
متبوع والصبغ تابع فلا يجوز أن يبطل المتبوع بالتابع فصار كما إذا صبغه أحمر
بعد الغصب حيث لا ينقطع حق المالك وأبو حنيفة وأبو يوسف فرقا بين السرقة
والغصب فما الأحق السارق في الصبغ قائم صورة ومعنى أما الصورة فظاهر
فإن الحمرة فيه موجودة حسا وأما معنى فلأن المسروق منه لو أخذ الثوب
يضمن الصبغ وحق المسروق منه في الثوب قائم صورة لا معنى ولهذا لو أتلفه
السارق أو تلف قبل القطع أو بعده لا يضمن شيئا فرجحنا جانب السارق لأن مراعاة
ما هو قائم صورة ومعنى أولى من مراعاة ما هو قائم صورة ومعنى فرجح حق السارق
بالوجود أولى كما لو غصب له إذا صبغ الثوب أحمر انقطع حق المالك بخلاف الغصب لأن
حق كل واحد من المالك والغاصب قائم صورة ومعنى فلم يمكن القول بالترجيح بالوجود
فرجحنا بالبقاء وهو أن الثوب أصل قائم والصبغ تابع وهو معنى قوله ورجحنا جانب
المالك بما ذكرنا ولأنه لو أخذ الثوب في الصورة المسروقة أدى إلى إبطال القطع لأنه يصير
شريكا في الثوب أو بمنزلة رهن عنده لأن له أن يمسكه ليصل إليه ما زاد الصبغ والطاري
في الحدود في المنشأ نفي كالطاري في الابتداء فإذا كان القطع واجبا بالإجماع لم يكن له حق
الأخذ لئلا يؤدي إلى إبطال القطع أما إذا صبغه أسود فلا يؤخذ عند أبي يوسف لأن
السواد عنده زيادة كالحمرة والصفرة وعند أبي حنيفة ومحمد يؤخذ أما عند أبي حنيفة
فلأن السواد نقصان عنده فلم يكن حق السارق فيه قائما معنى فاستويا فرجح جانب
المالك لما قلنا وأما عند محمد فلأن السواد وإن كان زيادة عنده لا ينقطع به حق المالك
كما قال في الحمرة **قوله** والجامع كون الثوب أصلا أي الجامع بين السرقة والغصب
قوله لو أراد أخذه مصبوغا أي لو أراد صاحب الثوب **قوله** ألا ترى أنه غير مضمون
على السارق إيضاح لقوله لا معنى **قوله** فاستويا من هذا الوجه أي استوى المالك
والغاصب من حيث أن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى **قوله** بما ذكرنا إشارة
إلى قوله والجامع كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا **قوله** وعند أبي يوسف

هذا والاول سوا يعني ان الحكم في الصبغ الاسود والاحمر سوا عنده لان كل واحد منهما زيادة عنده فلا يوخذ الثوب من السارق **قوله** ولكن ان ذلك السواد **قوله** وعندهما هو في السواد نقصان قال في المختلف وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فان الناس ما كانوا يلبسون السواد في زمنه ويلبسون في زمنهما قال في شرح الطحاوي ولو سرق سويقا فلته بسمن او عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ يعني ليس للمالك على السارق سبيل في السويق عندهما وعند محمد ياخذ السويق ويعطي ما زاد السمن او العسل والله اعلم

باب قطع الطريق

اعلم ان قطع الطريق يسمى سرقة كبرى اما كونه سرقة فباعتبار ان قاطع الطريق ياخذ المال خفية عن عين الامام الذي عليه حفظ الطريق والمارة بشوكته ومنعته واما كونه كبرى فلان ضرره يعم عامة المسلمين حيث ينقطع عليهم الطريق بزوال الامن بخلاف السرقة الصغرى فان ضررها خاص بالمسروق منه ولان موجب قطع الطريق اغلظ من حيث قطع اليد والرجل من خلاف ومن حيث القتل والصلب وليس في السرقة الصغرى مثل ذلك وتقديم السرقة الصغرى على الكبرى لان الصغرى اكثر وقوعا ولان الترقي من القليل الى الكثير اولان قاطع الطريق يهمز بامر عارض السفر وذكر العارض بعد ذكر الاصل **قوله** واذا خرج جماعة ممتنعين او واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل ان ياخذوا مالا او يقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان اخذوا مال مسلم او ذمي والماخوذ اذا قسم على جماعتهم اصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا او ما يبلغ قيمته ذلك قطع الامام ايديهم وارجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم حدا هذا لفظ القدوري في مختصره واطلاق اسم الجماعة ليتناول المسلم والذمي والكافر والحر والعبد والمراد من الامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع عن نفسه بقوته وشجاعته تعرض الغير قال الاسبيجابي في شرح الطحاوي اعلم ان قاطع الطريق انما يكون بعد ان يستجمع فيه شرايط وهو ان يكون بينهم وبين المصر مسيرة سفر فاذا وجدت هذه الاشيا يكون قاطعا للطريق والا فلا هكذا ذكر في

ظاهر

في ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف انه قال ان كان اقل من مسيرة سفر او كان في المصر ليلا فانه تجري عليهم حكم قطاع الطريق وهو ان يقطع يده اليمنى ورجله اليسرى والفتوى على قول ابي يوسف الى هنا لفظ كتابه والاصل في حد قاطع الطريق قوله تعالى انما جزا الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا ان يقتلوا او يصلبوا او يقطع ايديهم وارجلهم من خلاف او ينفوا من الارض وكلمة او للتفصيل والتقسيم على حسب اختلاف الجناية لا للتخيير كما قال مالك لان الله تعالى ذكر الجزا متنوعا وتنوع الجزا يقتضي تنوع السبب لان المسبب يتنوع بحسب السبب هنا قطع الطريق وهو جناية متعددة متنوعة من تخويف او اخذ مال او قتل او جمع بين الاخذ والقتل فاذا كان السبب متنوعا كتنوع الجزا قوبل الجملة بالجملة فانقسم الاحاد على الاحاد النفي للتخويف وقطع الايدي والارجل من خلاف لاخذ المال والقتل للقتل النفس والصلب للجمع بين الاخذ والقتل ولكن لم يذكر انواع المحاربة لمعرفتها عادة يدل على هذا ما روي محمد في كتاب السرقة عن ابي يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس انه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم ابا بردة هلال ابن عويمر الاسلمي فجا اناس يريدون الاسلام فقطع عليهم اصحاب ابي بردة الطريق فنزل جبريل عليه السلام بالحد ان من قتل واخذ المال صلب ومن قتل ولم ياخذ المال قتل ومن اخذ المال ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جا مسلما هدم الاسلام ما كان منه في الشرك وفي رواية عطية عنه ومن خاف الطريق ولم يقتل ولم ياخذ المال نفي والمراد من محاربة الله محاربة اوليايه وهم المومنون على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه اولما كانوا مخالفين امر الله تعالى ساعين في الارض بالفساد صاروا كانهم محاربين الله تعالى فاطلق اسم المحاربة لله تعالى اتساعا وقيل نزلت الاية في العرنيين ولم يصح لان النبي صلى الله عليه سمل اعينهم وليس فيها ذلك وقيل في المرتدين فلم يصح ايضا لان الاية ناطقة بالقتل عند المحاربة والسعي في الارض بالفساد وليس يشترط ذلك في المرتد لان القتل يسقط عنهم بالنص بالتوبة قبل القدرة عليهم ويسقط عن المرتد بالتوبة مطلقا

ثم اعلم انهم اذا اخذوا قبل اخذ المال وقبل القتل حبسهم الامام الى ان يتوبوا وهو المراد
بالنفي المذكور في الاية وعند الشافعي ينفى من بلد الى بلد لا يزال يطلب وهو هارب فزعا
لنا انه نفي عن وجه الارض بدفع شره وفساده وهذا لانه عزم على المعصية
فيحبس ويعزر كما في العزم على سائر المعاصي ولانه ان نفي الى بلد اخر فيه يحبس مثل الحبس و
التعزير فان قلت لا يسمى الحبس نفيا لان النفي هو الابعاد قلت لا نسلم
لان الحبس ابلغ النفي لان المحبوس لا يمكن له قطع الطريق اصلا بخلاف المنفي الى بلد اخر
حيث يمكن له قطع الطريق في ذلك البلد يدل على تسمية الحبس نفيا قول الشاعر
خرجنا من الدنيا وكنا من اهلها ۞ ولا نحن في الاحيا فيها والموتى ۞ اذا جانا السجان
يوما لحاجة عجبنا وقلنا جا هذا من الدنيا ۞ واذا اخذ بعد اخذهم مال مسلم او ذمي
يقطع ايديهم وارجلهم من خلاف تقطع اليمنى من الايدي واليسار من الارجل بشرط ان نصيب
من الماخوذ كل واحد منهم عشرة دراهم او ما يتم به العشرة وقال الحسن بن زياد عشرة لانه
يقطع من قاطع الطريق طرفان فيشترط ايضا بازائه ولنا ان قاطع الطريق مقصوده
اخذ المال لا القتل وانما يقتل ليحصل التمكن من اخذ المال والحد الذي يجب لاجل المال
العشرة اصله السرقة الصغرى وانما قطع الطرفان لوقوع اثر الجناية عاما وتغلظها
واعطى مال الذمي حكم مال المسلم لتابد العصمة فيها بخلاف المستامن وان قتلوا ولم ياخذوا
مالا قتلهم الامام حدا لا قصاصا حتى اذا عفا الاولياء عنهم لم يلتفت الى عفوهم وذلك
لان الحد حق الله ولا اثر لعفو العبد في حق الله تعالى وليس للامام ان يعفو ايضا لما روي
عن النبي صلى الله عليه تعافوا فيما بينكم فاذا رفعت الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا
وان قتلوا واخذوا مالا فالامام بالخيار ان شاء قطع ايديهم وارجلهم من خلاف وقتلهم
وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم هذا قول ابي حنيفة وزفر وقال ابو يوسف
لا بد من الصلب للنص وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل ويصلب ولان الجناية واحدة فيكتفي
بجزاء واحد هو القتل ولا حاجة الى القطع ولان ما دون النفس يدخل في النفس كالمحصن
اذا زنى وقد سرق ولابي حنيفة ان الجناية متحدة معنى وهو قطع الطريق متعددة
صورة

صورة وهو اخذ المال وقتل النفس فكان للقاضي ان يميل الى الجهتين شاء وانما التداخل
في الحدود لا في حد واحد وهنا القطع والقتل حد واحد فلا يتداخلان فان قلت
لو كانا حدا واحدا لم تجز للقاضي ان يقتصر على القتل قلت انما جاز ذلك لان الترتيب
ليس بواجب عليه بين القطع والقتل فاذا ابتدا بالقتل سقط القطع لعدم الفائدة قوله
ثم ذكر في التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية اي ذكر في مختصر القدوري بقوله و
ان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وجه جواز ترك الصلب ان المقصود القتل وقد حصل
ولان النبي صلى الله عليه وسلم لم يصلب العرنيين فدل على جواز الترك قوله لا يترك لما بين لا يترك
الصلب قوله قال يصلب حيا ويبعج بطنه برمح الى ان يموت اي قال القدوري في مختصره
وكذلك ذكر الكرخي حكاه عن ابي يوسف وقال ابو الليث في شرحه للجامع الصغير روي عن
ابي يوسف انه قال يصلب وهو حي ويطعن في لبته حتى يموت ومرة قال تحت ثديه الايسر
ويخضخض حتى يموت ونقل في شرح الطحاوي عنه الصلب المذكور في الاية بعد القتل في قول
ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف ان شاء قتلهم ثم صلبهم كما قال ابو حنيفة وان شاء صلبهم احياء
ثم قتلهم مصلوبين الى هنا لفظه وجه ما ذكر الطحاوي ان في صلبه حيا زيادة مثلة
فلا يجوز ذلك وجه ما ذكر في الكتاب ان الصلب ذكر حدا وما كان حدا يجري
حالة الحياة كما بينا نص عليه من غير الصلب فكذا الصلب يقال بعج بطنه اي شق قوله
بوقا عن المثلة اي احترازا عنها لان النبي صلى الله عليه نهى عن المثلة قوله وجه
الاول اراد به قوله يصلب حيا والردع المنع قوله بداي بالصلب قوله ولا يصلب اكثر من
ثلاثة ايام هذا لفظ القدوري وهو ظاهر الرواية كذا قال الصدر الشهيد في شرح الجامع
الصغير وعن ابي يوسف انه يترك على خشبته حتى ينقطع فيسقط ليحصل الاعتبار لغيره
وجه الظاهر ان الاعتبار يحصل بالبينة فبعد ذلك يتغير فيتاذى الناس فيخلى بينه
وبين اهله ليدفنوه قوله واذا قتل القاطع فلا ضمان في مال اخذه وهذه من مسائل الجامع
الصغير وذلك لان الحد لما اقيم سقط عصمة المال كما في السرقة الصغرى قوله
وان باشر القتل احدهم اجري الحد عليهم باجمعهم وهذه مسالة القدوري من مسائل الغاة

في الجامع الصغير وصورتها فيه قال في قوم قطعوا الطريق فان ولي رجل منهم القتل قتلوا جميعا
ولفظ الاصل ومن باشر ومن لم يباشر في الحكم سوا، وذلك لان تمكن القتل حصل بالكل والقتل
حد قطاع الطريق اذا وجد منهم القتل وقد وجد فيقتلون جميعا وهذا لان قتلهم وجب حدا
عليهم لا قصاصا فلم يعتبر المساواة فصار من قتل ومن لم يقتل سوا، ولهذا وجب قتلهم سوا وقع
القتل منهم بسيف او حجر او خشب والردء العون الحاذ اليهم اي انضم وعند الشافعي لا يجب
على الردء الا التعزير كالمعين على الزنا **لنا** ان المقصود وهو التمكن حصل من الجميع فيحد الردء بخلاف
المعين في الزنا فان المقصود ثم اللذة ولا تحصل ذلك للمعين **قوله** قال والقتل ان كان بحجر او
بسيف فهو سواء وهذه من مسايل المعاده في الجامع الصغير وصورتها فيه قال في قاطع
الطريق باي شي قتل قتل وذلك لانه حد لا قصاص فلا يقتضي المساواة ولهذا يقتل
غير المباشر ولان قطع الطريق كما يكون بالقتل بالسيف يكون بالقتل بغير السلاح
ايضا والقتل جزاء قطع الطريق بسبب القتل وقد وجد فيقتل القاطع كيفما قتل **قوله**
وان لم يقتل القاطع ولم ياخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص واخذ الارش
منه فيما فيه الارش وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه قال في قاطع الطريق اذا
اخذ ولم يقتل ولم ياخذ مالا يقتص بكل جراحة يستطاع منها القصاص واخذ الارش فيما
لا يستطاع فيه القصاص وذلك لان حد قطع الطريق من القطع والقتل والصلب لما لم
يجب ظهر حق العبد فيستوفيه الاولياء قصاصا او ارشا كما اذا قطعوا اللسان او الذكر لا قصاص
فيه في الظاهر ويوخذ الارش خلافا لابي يوسف فيما اذا قطع من الاصل وفي الحشفة قصاص
اتفاقا لان موضع القطع معلوم الا اذا قطع بعض الحشفة حيث لا قصاص وكذا اذا ضرب العين
فقلعوها لا قصاص فيه ويوخذ الارش الا اذا كانت العين قايمة فذهب ضوؤها ففيه القصاص
لامكان المماثلة وكذلك لا قصاص في عظم الا في السن الا اذا اسودت او احمرت او اخضرت
فحينيذ تجب الارش **والباقي** يعلم في كتاب الجنايات وكتاب الديات ان شاء الله تعالى **قوله**
وذلك الى الاولياء اي استيفاء القصاص واخذ الارش الى الاولياء **قوله** ونحو ما ذكرناه اي
حق العبد القصاص او الارش **قوله** وان اخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت
الجراحات

الجراحات وهذه من مسايل الجامع الصغير يعني لما قطعت يده ورجله من خلاف حدا
لاخذ المال بطلت الجراحات لان الحد والضمان لا يجتمعان عندنا وكذلك يبطل الجراحات
اذا قتل فيما قيل لما قلنا وقد مر التحقيق في عدم اجتماعهما في السرقة **قوله** وان
اخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه ولفظ
الجامع الصغير واذا اخذ وقد تاب بطل الحد انما قيد بقوله اخذ بعد ما تاب لانه اذا تاب
بعدما اخذ لا يسقط الحد والاصل فيه قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل ان تقدروا عليهم فلما بطل
الحد بالتوبة ظهر حق العبد في النفس والمال فان شاء قتل وان شاء صالح وان شاء عفا وان شاء
ضمن المال **قوله** ولان التوبة يتوقف على رد المال يعني فيما اذا اخذ المال لان الظالم
اذا غصب مال احد لا يكون تايبا وان تاب الف مرة بلسانه ما لم يرد المال لان تلك المعصية
لا ترتفع الا برد المال فلما رد المال قبل الاخذ بطل عنه الحد كالسارق اذا رد المال قبل
الترافع وقد يرد ذلك فان **قلت** المسرتين اقض قول صاحب الهداية لان التوبة يتوقف
على رد المال مع قوله وتجب الضمان اذا هلك في يده او استهلك لانه اذا رد المال كيف يهلك
في يده **قلت** يمكن ان يهلك البعض بعد رد البعض علامة صحة توبته فاذا
هلك الباقي قبل التمكن منه او استهلكه بعد وجوده علامه صحه توبتهم يكون
ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب المال **قوله** وان كان من القطاع صبي او مجنون او
ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين وهذه مسئلة القدوري الا ان
لفظه في مختصره وان كان فيهم صبي وهذا الذي ذكره القدوري ظاهر الرواية عن اصحابنا
وهو قول زفر وقال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي عن ابي يوسف كذلك
ان تام بالاخذ القتل صبي او مجنون والآخذ المباشر وكذلك ذكر البيهقي في كفايته
بلفظ عن ابي يوسف والعجب من صاحب الهداية انه قال وعن ابي يوسف بعدان قال
والمذكور في الصبي والمجنون قول ابي حنيفة وزفر وكان القياس ان يقول وقال ابو يوسف
ولم يذكر قول محمد وقوله مع ابي حنيفة رضي الله عنه وقد صرح الشيخ ابو نصر بذلك
واطلاق الكرخي والقدوري يدل على ذلك قيل فيهما وعن ابي يوسف وايضا قال صاحب الهداية

داراب الفسرته

وعن ابي يوسف انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وكان ينبغي ان يقول الباقون وجه
ما روي عن ابي يوسف ان الحد يجب على قطاع الطريق بفعل القتل واخذ المال
والمباشر اصل في الفعل والردء تابع ثم اذا كان المباشر مكلفا يجب الحد لاصالته
في الفعل ولا يعتبر الخلل في التابع وهو الصبي او المجنون لعدم القصد الصحيح منه واذا
كان الفعل من احدهما كان اصلا فيه فسقط الحد عنه لشبهة فعله فسقط الحد عن
الباقين للشبهة او لان الحد لما سقط عن الاصل في الفعل سقط عن التبع وهو الردء
العاقل البالغ ووجه الظاهر ان الردء في حكم المباشر في حد قطع الطريق ولهذا
يلزمهما جميعا اذا كانا مكلفين فلما كان كذلك كان حضور الصبي او المجنون كمباشرتهما ولا حد
عليهما اذا باشرا فكذا اذا حضرا فاذا لم يجب عليهما سقط عن الباقين لاشتراكهما في سبب
الحد كما اذا اشترك الخاطي والعامد اما اذا كان فيهم ذو رحم محرم فقد نقل عن ابي بكر
الرازي عن عامة الكتب انه قال تاويل المسألة اذا كان المال مشتركا وان لم يلزمهم
الحد لاجل قطعهم على الاجانب وهذا هو المراد من قول صاحب الهداية قيل تاويله اذا كان
المال مشتركا والاصح جواب ظاهر الرواية لان ذا الرحم المحرم ماذون بالدخول في الحرز
فلم يجب الحد عليه فلم يجب على الباقين للشبهة لان الجناية واحدة وهي قطع الطريق فاذا
لم يكن بعض الفعل موجبا للحكم لم يكن البعض الاخر موجبا ايضا لان بعض العلة لا يترتب
عليه الحكم واذا لم يجب الحد فيما اذا كان فيهم صبي او مجنون او ذو رحم محرم ظهر حق العبد
في النفس والمال فيعود ذلك الى الاولياء فعلوا ما شاؤا قصاصا وعفوا او صلحا وغيرها قوله
بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن جواب سؤال مقدر بان يقال القطع على المستامن لا يوجب
الحد كالقطع على ذي الرحم المحرم ثم وجود هذا في القافلة يسقط الحد فينبغي ان يسقط بوجود
المستامن فيهم ايضا فاجاب عنه وقال امتناع الحد في القطع على المستامن لخلل
في عصمة ماله وهو خاص به لانه لا خلل في عصمة مال المسلم لان حرمته لحرمة
دمه فلم يسقط حد قطاع الطريق عنهم لقطعهم على المسلمين بخلاف الامتناع في
القطع على ذي الرحم المحرم فانه في ذلك الخلل في الحرز وهو القافلة باعتبار الشبهة
فيسقط

فيسقط الحد بها قوله واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد هذه
من مسائل المعادة في الجامع الصغير وذلك لان الحرز واحد وهو القافلة والقاطع
من اهلها فلا يعتبر قاطعا كما لو سرق من دار يسكن السارق فيها فاذا لم يجب
الحد وجب القصاص ان قتل عمدا ورد المال ان اخذ وهو قائم والضمان ان هلك او
استهلكه قوله ومن قطع الطريق ليلا او نهارا في المصر او بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع
الطريق استحسانا وهذه من مسائل المعادة في الجامع الصغير اعلم ان شرط تحقق
قطع الطريق ان يكون بين القطاع وبين المصر مسيرة سفر وهو ظاهر الرواية وقد مر
ذكره في اول الباب اما اذا كان في المصر او قريبا من المصر فلا يكون قطعا استحسانا
وروى القدوري عن ابي يوسف ان قطعوا نهارا بسلاح تجري عليهم الحكم وان قطعوا
بخشب فلا وبالليل يستوي السلاح والخشب فيجري عليهم الحكم وقال الشافعي
من اخذ في البلد مالا بالمغالبة فهو قاطع طريق وكذا في حيرتهم وجه القياس
وجود القطع حقيقة ووجه ما روي عن ابي يوسف ان السلاح لا يلبث
فيتحقق القطع به ليلا كان او نهارا واما الخشب وان كان يلبث لكن الليل يبطئ فيه
الغوث فيتحقق القطع بخلاف النهار فان الغوث يلحق قبل حصول غايته ووجه
الاستحسان ان سبب حد قطع الطريق قطع الطريق ولا يوجد ذلك في المصر
او قريب منه لان القطع لا يكون الا بانقطاع المارة ولا ينقطع المارة في مثل هذا الموضع
للحاق الغوث غالبا فلا يثبت الحكم لعدم سببه ولان قاطع الطريق يسرق
من غير الامام لقطع الطريق لان الطريق محفوظ بحفظ الامام وقطع الطريق سرقة
منه وهذا ليس بسرقة منه فاشبه الاختلاس ولا قطع على المختلس بالحديث قال في كفاية
البيهقي قيل ابو حنيفة اجاب على عرف زمانه وابو يوسف على عرف زمانه لان في
زمن ابي حنيفة اهل الامصار كانوا يحملون السلاح فلا يمكن للقاطع مقابلتهم بخلاف
زمن ابي يوسف والحيرة هي التي كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي اول منازل الكوفة
قوله وعن ابي يوسف يلي بالسلاح والغوث اسم من الاغاثة والاغاثة

بمعنى الاستلاب والمارة الجماعة الذين يمرون على الطريق ولا يتحقق ذلك الا بتحقق قطع المارة فاذا لم يتحقق قطع الطريق في المصر او قريب منه لوجود القطاع برد المال ويعزرون ويحبسون لجنايتهم بالمنكر فان كانوا قتلوا نفسا فالامر الى الاولياء قصاصا او صلحا او عفوا لانه ظهر حقهم حيث لم تجب الحد **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لظهور حق العبد **قوله** ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند ابي حنيفة وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يخنق رجلا بمخنقة خناق حتى قتله قال الدية على عاقلته فان وجد قد خنق غير مرة في المصر او في غير المصر فللامام ان يقتله وذكر المخنقة من الخواص واراد بها ان القصاص لا يجب مع ذلك وذكر المصر وغير المصر من الخواص ايضا لفخر الاسلام البزدوي بمخنقة الخناق هي الوبرد ما يجري مجراه وليس ذلك بشرط لكنه بني على العادة وانما تجب الدية دون القصاص عند ابي حنيفة لانه لا يوجبه بالمثقل وهذا في معناه وسوف نجي البحث في المثقل في الديات اما اذا اعتاد هذا الفعل فحينئذ يقتل عند ابي حنيفة ايضا سياسة لانه ساع في الارض بالفساد والله لا يحب الفساد فيجب دفع شره بالقتل **قوله** ومن خنق رجلا بالتخفيف اي اذا عصر حلقه ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون كذا عن الفارابي والخناق بكسر الخاء وتخفيف النون كل شي خنقت به من حبل او وتر كذا في الجمهرة وهو المراد من قوله بمخنقة خناق والخناق فاعل ذلك الفعل **قوله** وان خنق في المصر غير مرة بالتشديد سماعا وتخفيفا لان التفعيل للتكثير به اي بسبب التخنيق والله اعلم

كتاب السير

مناسبة الحدود والسير من حيث ان كلا من الحدود والجهاد حسن لمعنى في غيره لا لعينه ثم المعنى المحسن يحصل فيهما جميعا بفعل المامور به بدون الاتيان بفعل اخر مقصود وذلك المعنى في الحدود الزجر عن المعاصي وفي الجهاد هو اعلاء دين الله تعالى لكن قدمت الحدود على السير لانها تقع بين اهل الاسلام غالبا او على الخصوص كما في حد الشرب بخلاف الجهاد

الجهاد فانه يقع مع الكفار فتقديم الاحكام المتعلقة باهل الاسلام كان اولى ولان الجهاد زجر عن اصل المعاصي وهو الكفر والحدود زجر عما يوجب الفسق فترقى من الادنى الى الاعلى ويعني السير مذكور في المتن والمغازي جمع المغزاة من غزا يغزو غزوا وغزوة وغزاة ومغزاة اذا قصد العدو للقتال والاحاديث في فضل الجهاد كثيرة منها ما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الله ابن مسعود رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله اي العمل افضل قال الصلوة على ميقاتها قلت ثم اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل الله تعالى فسكت عن رسول الله صلى الله عليه ولو استزدته لزادني وفيه ايضا باسناده الى ابي سعيد قال قيل يا رسول الله اي الناس افضل فقال رسول الله مومن يجاهد في سبيل الله بنفسه وماله قالوا ثم من قال مومن في شعب من الشعاب يتقي الله ويدع الناس من شره وفيه ايضا باسناده الى انس ابن مالك عن النبي صلى الله عليه قال الغدوة في سبيل الله او روحة خير من الدنيا وما فيها وفيه ايضا باسناده الى ابي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة

قوله قال الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين وهذا اللفظ القدوري في مختصره اما كونه فرضا فلقوله فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولقوله تعالى فقاتلوا ايمة الكفر انهم لا ايمان لهم لعلهم ينتهون ولقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله ولقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم معناه فرض عليكم كقوله كتب عليكم القصاص ولقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة ولقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وانفسكم في سبيل الله ولقوله عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم الا بحقها ولقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة واما كونه فرض

كفاية وهو ما يسقط بمباشرة البعض وكفايته فلان الجهاد لم يشرع فرضاً لعينه
لان ذاته اضرار وحرب لسائر الله تعالى فلا يجوز بل شرع لاعلاء كلمة الله تعالى
وقهر اعدائه فاذا حصل المعنى الذي لاجله شرع الجهاد بالبعض سقط عن الجميع كصلاة
كصلاة الجنازة ورد السلام و لان النبي صلى الله عليه كان يخرج في السرايا ولا يخرج
كل اهل المدينة فلو كان فرض عين لخرجوا جميعا ولانه لو جعل فرض عين خرجا
عظيما حيث تتعطل امور الناس من حارث وزارعة اذا خرجوا جميعا الى الجهاد
الخروج مسقط بالنص وفيه ايضا انقطاع اصل الجهاد بانقطاع مادته من الخيل
والسلاح والثياب ونحوها فلم يكن فرض عين فاذا لم يقم بالجهاد واحد اثموا جميعا
لانهم تركوا الفرض عليهم اصلا ولم يات احد بما يسقط عنهم **قوله** وهو على الكفاية
اي الجهاد فرض على الكفاية قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي
الجهاد عند اصحابنا فرض على الكفاية مثل غسل الموتى والصلاة عليهم ودفنهم
ومثل طلب علم الدين والقيام به وتعليمه ويحكى عن ابن شبرمة والثوري ان
الجهاد تطوع وليس بواجب **قوله** اذ هو اي الجهاد **قوله** فان لم يقم به احد
اثم جميع الناس بتركه هذا لفظ القدوري **قوله** ولان في الاشتغال الكل به
قطع مادة الجهاد عطف على قوله لانه ما فرض لعينه **قوله** من الكراع
قال الفقهاء الكراع الخيل والكراع كراع الشاة والبقر والمراد هنا هو الاول
وعلى الثاني جاء المثل يعطى العبد الكراع فيطمع في الذراع **قوله** الا ان يكون
النفير عاما استثناء من قوله فيجب على الكفاية اي يجب الجهاد على الكفاية
الا اذا كان النفير عاما بان لا يندفع شر الكفار اذا هجموا ببعض المسلمين فحينئذ
يفترض على كل احد فيقاتل العبد بدون السيد والمرأة بدون اذن الزوج لقوله تعالى
انفروا خفافا وثقالا اي ركبانا ومشاة وشبانا وشيوخا او مهازيل وسمانا
او صحاحا ومراضا يقال نفر الى الغزو نفورا ونفيرا اي الخروج فان **قلت** قوله تعالى
انفروا عاما وليس فيه تخصيص بالنفير العام فكيف خص بالنفير العام **قلت**
لو لم

لو لم تخصص بالنفير العام لوقع الناس في حرج ولانه عليه السلام كان يخرج
ويخلف الكثير من اهل المدينة فعلم ان النفير خفافا وثقالا انما اذا كان
النفير عاما بان لا يندفع شر الاعداء بالبعض فحينئذ يفترض على الكل
ليحصل المقصود وهو قهر الكفار ودفع شرهم يدل على هذا قوله تعالى
وما كان المؤمنون لينفروا كافة قال الزجاج في تفسيره يروى ان
ابن ام مكتوم جاء الى النبي صلى الله عليه فقال له اعلي ان انفر فقال نعم
حتى انزل الله سبحانه ليس على الاعمى حرج **قوله** فاول هذا الكلام
اشارة الى الوجوب على الكفاية اي اول كلام محمد في اخر كتاب الجامع الصغير
يدل على ان الجهاد يجب على الكفاية واراد باول كلامه قوله الجهاد واجب
الا ان المسلمين في سعة وذلك لانه قال انهم في سعة يعني يسع لبعضهم
تركه اذا حصلت الكفاية بالاخرين واخره في النفير العام اي اخر كلامه اشارة
الى النفير العام لانه قال حتى يحتاج اليهم يعني اذا احتيج اليهم في النفير العام لا يكون
لهم سعة من ترك الجهاد حينئذ **قوله** قال وقتال الكفار واجب وان لم يبدأونا
وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان الكفار الذين امتنعوا عن قبول الاسلام واداء
الجزية يجب قتالهم وان لم يبدأوا بالقتال وكذا يجوز قتالهم في الاشهر الحرام وقال
الثوري لا يجوز قتالهم حتى يبدأونا وقال عطاء لا يجوز قتالهم في الاشهر الحرام **ولنا**
عموم الايات والاخبار كقوله اقتلوا المشركين وقوله تعالى وقاتلوهم وقوله
تعالى فقاتلوا ائمة الكفر وقوله عليه السلام الجهاد ماض الى يوم القيامة وقوله
عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله قال اصحابنا
في المبسوط وغيره كان رسول الله صلى الله عليه مامورا في الابتداء بالصفح و
الاعراض عن المشركين بقوله تعالى فاصفح الصفح الجميل وقوله تعالى واعرض عن
المشركين ثم امر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن لقوله تعالى ادع
الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي احسن ثم امر

غسل الميت

الجميل

بالقتال اذا كانت البداءة منهم لقوله تعالى اذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا اي اذن لهم في الدفع وقوله تعالى وان قاتلوكم فاقتلوهم وقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ثم امر بالقتال ابتداء في بعض الازمان لقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ثم امر بالبداية بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها قال تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة وقوله تعالى قاتلوا الذين لا يومنون بالله ولا باليوم الاخر واستقر الامر على ذلك وصارت حرمة القتال في الاشهر الحرام منسوخة بهذه الاية ولان قتالهم لو وقف على بدايتهم كان ذلك على وجه الدفع ومثل ذلك القتال يجوز مع المسلمين ايضا فليس في القتال على سبيل الدفع فرق بين قتال الكفار والمسلمين ولا بد من الفرق ولا ذلك الا بان نبدا ونحن بقتالهم فقد صح عن ابن عباس عن رسول الله صلى الله عليه انه حاصر الطايف من مستهل المحرم اربعين يوما وصحها في الصفو ذكره محمد في الاصل وهو نوع من القتال فعلم ان قتالهم جايز في الازمان كلها **قوله** ولا يجب الجهاد على صبي لان الصبي مظنة المرحمة وهذه من مسايل القدوري في مختصره ولفظه فيه ولا يجب الجهاد على الصبي ولا عبد ولا امراة ولا اعمى ولا مقعد ولا اقطع اما الصبي فلا يجب عليه الجهاد لانه مرفوع القلم ولان طاعة ابويه عليه واجبة فلا يتركها بما ليس بواجب وقد روينا في اول كتاب السير عن ابن مسعود رضي الله عنه قال قلت يا رسول الله اي العمل افضل قال الصلوة على ميقاتها قلت ثم اي قال بر الوالدين قلت ثم اي قال الجهاد في سبيل الله وروي في الصحيح البخاري وغيره مسندا الى عبد الله ابن عمرو قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فاستاذنه في الجهاد فقال احي والداك قال نعم فقال ففيهما فجاهد وفي السنن مسندا الى عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما ايضا قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال جيت ابايعك على الهجرة وتركت ابوي يبكيان فقال ارجع اليهما فاضحكهما كما ابكيتهما وفي السنن ايضا عن ابي سعيد الخدري ان رجلا هاجر الى رسول الله

صلى

صلى الله عليه من اليمن فقال هل لك احد باليمن قال ابواي قال اذنا لك قال لا قال ارجع فاستاذنهما فان اذنا لك فجاهد والا فبرهما **واما** العبد والمراة فلان الجهاد لما كان فرض كفاية بحيث يسقط باتيان البعض عن البعض لم يظهر وجوبه عليهما لانه لا يتعين وجوبه وما لا يتعين وجوبه فحق السيد والزوج فيه مقدم كما في صلاة التطوع وحدث البخاري في الصحيح باسناده الى عايشة رضي الله عنها قالت استاذنت النبي صلى الله عليه في الجهاد فقال جهادكن الحج وفي رواية قال نعم الجهاد الحج **واما** الاعمى والمقعد والاقطع فلانهم عاجزون عن الجهاد فلا يجب عليهم بدون القدرة قال تعالى ولا يكلف الله نفسا الا وسعها وقال تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقال تعالى ليس على الضعفا ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج قال صاحب ديوان الادب المقعد الاخرج **قوله** فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المراة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى وهذا لفظ القدوري في مختصره يقال هجمت على القوم اذا دخلت عليهم قال في المغرب الهجوم الاتيان بغتة والدخول من غير استيذان وذلك لان الفرض يتعين عند هجوم العدو والفروض المعينة مقدمة على حق الزوج والسيد كما في الصلوة الفرض والصوم الفرض وكان النسا تخرجن الى الغزو في الجملة مع النبي صلى الله عليه وقد حدث البخاري في الصحيح عن عايشة رضي الله عنها قالت كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا اراد ان يخرج اقرع بين نسايه فايتهن تخرج اسمها خرج بها النبي صلى الله عليه وسلم فاقرع بين نساء الى غزوة غزاها فخرج فيها سهمي فخرجت مع النبي صلى الله عليه بعدما انزل الحجاب وفي الصحيح ايضا عن الربيع بنت معوذ قالت كنا نغزو مع النبي صلى الله عليه فنسقي القوم ونخدمهم ونرد الجرحى والقتلى الى المدينة وفي السنن مسندا الى انس قال كان رسول الله يغزو بام سليم ونسوة من الانصار فيسقين الماء ويداوين الجرحى **قوله** لان بغيرهما مقنعا اي بغير العبد

وللغزاة **قوله** قال ويكره الجعل ما دام للمسلمين فيء هذه من مسائل الجامع الصغير
يعني اذا كان في بيت المال ما يتقوى به الناس من الغنيمة للخروج الى الغزاة يعطيهم
الامام من ذلك المال لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين ويكره مع وجود
ذلك الجعل وهو ان يكلف الامام الناس بان يقوي بعضهم بعضا في الكراع والسلاح
ونحو ذلك في الخروج الى الغزو ولان فيه شبهة الاجرة فاذا محض اجره كان
حراما واذا اشبهها كان مكروها خلاف ما اذا لم يكن في بيت المال فيء لا
حيث لا يكره ان يكلف الامام الناس بان يقوي بعضهم بعضا لما روي عن عمر رضي الله عنه
انه كان يغزي العزب عن ذي الحليلة ويعطي الشاخص فرس القاعد وان النبي
صلى الله عليه اخذ دروع صفوان عند الحاجة فلان يصح بطيب النفس اولى وجهز
عثمان جيش العسرة فكان صدقته مقبلة من اعظم الصدقات ولان دفع الضرر
الاعلى بالادنى لدفع الضرر العام بالخاص متحمل فان الامام نصب ناظرا
للمسلمين فاذا راى في ذلك الصلاح فلا بأس بان يأمرهم بذلك والجعل ما جعلت من شيء
للانسان على شيء بفعله والمراد هنا ما يضرب الامام للغزاة على الناس مما
تحصل به التقوي للخروج الى الحرب الضرر الاعلى وهو ترك الكفرة يقال
اغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو والعزب الذي لا امراة له وحليلة الرجل
امراته والشاخص اسم فاعل من شخص من مكان الى مكان اذا سار في ارتفاع
فاذا سار في حدور فهو هابط كذا قاله ابن دريد وشخص الرجل ببصره اذا احد
النظر رافعا طرفه الى السما ولا يكون الشاخص الا كذلك والمراد هنا الاول اعني
الذي يذهب الى العدو

باب كيفية القتال

لما فرغ عن بيان الجهاد فرض كفاية وفرض عين على تقدير النفير العام وعلى من يجب وعلى من لا يجب شرع في هذا الباب في بيان كيفيته كيف يعامل مع
الكفار اذا اريد القتال معهم **قوله** واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصروا
مدينة او حصنا دعوهم الى الاسلام وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه
فان اجابوهم

فان اجابوهم كفوا عن قتالهم وان امتنعوا دعوهم الى اعطا الجزية فان بذلوها
فلهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم والاصل في ذلك ما خرجه صاحب السنن باسناده
الى علقمة بن مرثد عن سليمان بن بريدة عن ابيه قال كان رسول الله صلى الله عليه اذا
بعث اميرا على سرية او جيش اوصاه بتقوى الله في خاصة نفسه ومن معه من
المسلمين خيرا وقال اذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى ثلاث خصال
او خلال فايتهن ما اجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ادعهم الى الاسلام فان اجابوك
فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين واعلمهم انهم ان
فعلوا ذلك ان لهم ما للمهاجرين وان عليهم ما على المهاجرين فان ابوا واختاروا
دارهم فاعلمهم انهم يكونون كاعراب المسلمين يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المومنين
ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب الا ان يجاهدوا مع المسلمين فان هم ابوا
فادعهم الى اعطا الجزية فان اجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان ابوا فاستعن بالله
وقاتلهم واذا حاصرت اهل حصن فارادوك ان تنزلهم على حكم الله عز وجل فلا تنزلهم
فانكم لا تدرون ما يحكم الله فيهم ولكن انزلوهم على حكمكم ثم اقضوا فيهم بعد ما شئتم
وفي السنن ايضا مسندا الى سليمان بن بريدة عن ابيه عن النبي صلى الله عليه قال
اغزوا باسم الله في سبيل الله وقاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغدروا ولا تغلوا ولا تمثلوا ولا
تقتلوا وليدا وفي السنن ايضا مسندا الى انس بن مالك رضي الله عنه ان رسول
الله صلى الله عليه قال انطلقوا باسم الله وبالله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا
فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امراة ولا تغلوا وضموا غنائمكم واصلحوا واحسنوا
ان الله يحب المحسنين شرح الحديث اما الامر بالدعا الى الاسلام فلقوله تعالى
وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا لكن هذا فيما اذا لم يبلغهم الدعوة فاذا
بلغتهم فلا حاجة الى تجديد الدعوة الا ترى الى ما روى صاحب السنن ان نبي الله
صلى الله عليه اغار على بني المصطلق وهم غارون وانعامهم تسقى على الما فقتل
مقاتلتهم وسبى سبيهم واصاب يومئذ جويرية بنت الحرث والاصل ان تكرار الدعوة

وأما الأمر بالكف عنهم إن أجابوا إلى الإسلام فلقوله تعالى فإن تابوا وأقاموا الصلوة وآتوا
الزكاة فخلوا سبيلهم ولقوله تعالى فإن انتهوا فلا عدوان إلا على الظالمين ولأن المقصود من
الجهاد إسلامهم وقد حصل وأما الأمر بالتحول إلى دار المهاجرين فإن الهجرة كانت فريضة
قبل فتح مكة ثم قال عليه السلام لا هجرة بعد الفتح وأما الأمر بإعلام أن لهم ما للمهاجرين
وهو ثبوت حقهم في الخمس والعصمة وأما كونهم كأعراب المسلمين من حيث أنه لا حق لهم
في الخمس والغنيمة حيث لم يحصل للمسلمين بهم شوكة وقوة فإن قاتلوا استحقوا أسهما
من الأربعة الأخماس وأما الأمر عند الإباء بدعوتهم إلى الجزية فلقوله تعالى
قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله واليوم الآخر إلى قوله تعالى حتى يعطوا الجزية
فإن قبلوها قام ذلك مقام الإسلام في حقن الدم والمال وفيه دليل على أنه عليه
السلام بعثهم إلى من يقبل منه الجزية لأن عبدة الأوثان من العرب لا يقبل منهم إلا
الإسلام أو السيف فلا معنى إلى دعائهم إلى الجزية ثم إلى قتالهم وأما النهي عن إنزالهم
على حكم الله فلم يجوز ذلك محمد تمسكا به وجوزه أبو يوسف لأن النهي إنما ورد لأن
الأحكام لم تكن مستقرة مما كان نزل حكم الله لاحتمال حدوث حكم أو نسخ حكم فأما
اليوم فهي مستقرة فيجوز الإنزال على حكم الله وأما قوله اغزوا باسم الله فذلك
لافتتاح الكلام على وجه التبرك وأما الغدر فهو نقض العهد وذلك حرام لقوله تعالى
وأوفوا بعهد الله إذا عاهدتم وأما الغلول فهو الخيانة في المغنم وذلك حرام أيضا لقوله
تعالى وما كان لنبي أن يغل ومن يغلل يأت بما غل يوم القيامة يقال حاصر العدو إذا أحاط
به وضيق عليه والمدينة هي البلدة العظيمة من مدن بالمكان إذا أقام به فعلى هذا
هي فعيلة وقيل مفعلة من دنته أي ملكته والأمة يقال لها مدينة ذكره في
الجمهرة والحصن معروف وقوله كفوا عن قتالهم إذا امتنعوا وكف جاء لازما ومتعديا
فعلى الأول بفتح الكاف وعلى الثاني بضمها وتجوز الفتح أيضا على معنى منعوا أنفسهم عن
قتالهم قوله وقد قال النبي صلى الله عليه أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله
الحديث تمام الحديث في رواية أبي هريرة فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها
وحسابهم

وحسابهم على الله وهذا الحديث في قوم لا يوحدون الله تعالى أما اليهود والنصارى
ما لم يقروا برسالة النبي عليه السلام بعد التوحيد لم يتبرؤوا من دينهم فلا نحكم بإسلامهم
لأنهم يقولون محمد رسول الله إلى العرب دون يدل على هذا ما حدث صاحب السنن
بإسناده إلى أنس بن مالك قال قال رسول الله أمرت أن أقاتل الناس حتى يشهدوا أن لا إله
إلا الله وأن محمدا عبده ورسوله وأن يستقبلوا قبلتنا وأن يأكلوا ذبيحتنا وأن يصلوا
صلاتنا فإذا فعلوا ذلك حرمت علينا دماؤهم وأموالهم إلا بحقها لهم ما للمسلمين وعليهم
ما على المسلمين قوله وإن امتنعوا أي عن الإسلام قوله به أمر رسول الله صلى الله عليه
أي بالدعاء إلى الجزية أمر رسول الله صلى الله عليه على تقدير امتناعهم عن الإسلام قوله
على ما نطق به النص أراد به قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون قوله وهذا
في حق من يقبل منه الجزية إشارة إلى الدعاء المدلول في قوله دعوتهم إلى أداء الجزية وهذا
لأن المرتدين ومشركي العرب لا يقبل منهم إلا الإسلام أو السيف لقوله تعالى تقاتلونهم
أو يسلمون قوله فإن بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين وهذا المأثور في حديث
سليمان بن بريدة فإن أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ولقوله تعالى حتى يعطوا الجزية فإنها
مقام الإسلام في حقن الدم وقد صح عن علي رضي الله عنه أنه قال إنما بذلوا الجزية ليكون
دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا والمراد من إعطاء الجزية وبذلها قبولها لأن القتال
ينتهي بمجرد القبول قبل وجود الإعطاء والبذل بالإجماع قوله فيه أي في الجزية
وتذكير الضمير على تأويل المذكور قال صاحب الكشاف سميت جزية لأنها طائفة
مما على أهل الذمة أن يجزوه أي يقضوه أو لأنهم يجزون بها من منّ عليهم بالإعفاء
عن القتل قوله ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة إلى الإسلام إلا أن يدعوه و
هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة
ولا يجب ذلك فإن أبوا استعانوا بالله عليهم وحاربوهم وقد مر بيان ذلك في الحديث
الطويل وقوله فيكفي بالنون على صيغة المبني للمفعول مئونة القتال بالنصب
على أنه مفعول ثان ولا غرامة لعدم العاصم يعني لا يجب الغرامة بقتلهم قبل الدعوة

وان كان فيه الاثم لعدم العاصم عن الغرامة وهذا لان العصمة اما بالاسلام
او بدار الاسلام وكل ذلك منتف فلا تجب بقتلهم لا قصاص ولا دية ولا تجب ذلك
اي دعاء من بلغته الدعوة وهم غارون اي غافلون **قوله** وعهد الى اسامة
اي اوصاه ابنى على وزن حبلى موضع بالشام وهو فلسطين وروى صاحب السنن
باسناده الى اسامة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه كان عهد اليه فقال
اغر على ابنى صباحا وحرق والغارة لا يكون بدعوة وذلك لان الاغارة بها ستر
الامور والاسراع منه قولهم اشرق ثبير كيما نغير وقد مر ذلك في فصل الجزية
التسوقة والمدبر المهلك **قوله** ونصبوا عليهم المجانيق هذا لفظ القدوري في مختصره
وتمامه فيه وحرقوهم وارسلوا عليهم الماء وقطعوا شجرهم وافسدوا زروعهم
وذلك لما روى البخاري باسناده الى نافع عن ابن عمر رضي الله عنهم قال حرق رسول
الله صلى الله عليه نخل النضير وقطع وهي البويرة فنزلت ما قطعتم من لينة او تركتموها
قايمة على اصولها فباذن الله وليخزي الفاسقين قال ولها يقول حسان بن
ثابت وهان على سراة بني لوي حريق بالبويرة مستطير ولان المقصود كبت الاعداء
وكسر شوكتهم ويحصل ذلك بالاحراق والتغريق ونحو ذلك والبويرة على مثال
البويرة تصغير البئر اسم مكان يقال كبته الله اي اهلكه واللينة النخلة ما خلا
العجوة والبرنية **قوله** ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم اسيرا وتاجر هذا لفظ
القدوري في مختصره اعلم ان رمي الكفار **بالنبل** والمنجنيق والنار وضربهم وطعنهم
جايز وان كان فيهم مسلم تاجر مستامن او اسير او من اسلم منهم وروى عن الحسن بن زياد
انه لا يجوز لان قتل المسلم حرام وقتل الكافر مباح والمحرم مع المبيح اذا اجتمعا
فالرجحان للمحرم ولان قتل المسلم لا يجوز الاقدام عليه وقتل الكافر يجوز تركه
الا ترى ان للامام ان لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب
المسلمين اولى **ولنا** ان قتالهم فرض لورود الامر بالنص فلو كان هذا العارض معتبرا
ادى الى سد باب الجهاد فلا يجوز ذلك لانه ماض الى يوم القيامة وهذا لانه
لا تخلو

لا تخلو حصونهم عن مسلم الا نادرا والنادر لا يعتد به تحقيقه ان الرمي اليهم
جايز وان كان فيهم نساؤهم وصبيانهم فكذا اذا كان بينهم مسلم والجامع كون من لا
يجوز قتله فيهم لانه دفع الضرر العام وهو شر الكفار بتحمل الضرر الخاص وهو
قتل الاسير والتاجر **قوله** بالذب عن بيضة الاسلام يقال ذب عنه
يذب ذبا اذا منع عنه وفي حديث عمر رضي الله عنه انما النساء لحم على وضم الا ما
ذب عنه وبيضة الاسلام مجتمعة للشبه المعنوي بينهما وبين بيضة النعامة و
غيرها لان تلك مجتمع الولد كذا ذكر صاحب المغرب **قوله** فلو امتنع رميهم باعتبار
المسلم الاسير والتاجر لانسد باب الجهاد **قوله** وان تترسوا بصبيان المسلمين
او بالاسارى لم يكفوا عن رميهم هذا لفظ القدوري قال الشافعي اذا فعلوا ذلك
لم يجز ان نبدأهم بالرمي فان بدؤونا صار الرمي وقال للرامي اجتهد في اصابة
المشرك وتجنب المسلم **لنا** ان في رميهم دفع الضرر العام وايضا يلزم سد باب
الجهاد على تقدير ترك الرمي وقد مر بيان قبل هذا وهو المراد بقوله لما بينا يقال
تترس بالترس اذا توقى به **قوله** ويقصدون بالرمي الكفار هذا لفظ القدوري
يعني اذا تترسوا بصبيان المسلمين وان كانوا لا يكفون عن رميهم لكن يقصدون بالرمي
الكفار لا المسلمين اي يرمون على ان يقصدوا اصابة الكافر لا المسلم لان المسلم لا يجوز
قصد قتله فيقصد قتل من يجوز قتله ولان التمييز بين المسلم والكافر ان لم يكن
بالفعل ممكن بالقصد والنية ولا يكلف الله نفسا الا وسعها ومع هذا لو اصاب
مسلما فقتله فلا دية ولا كفارة وقال الحسن بن زياد عليه الدية والكفارة
كذا ذكره القدوري في شرحه وبه اخذ الشافعي لانه غير صورة الخطا **لنا** انه عامل
بالرمي ولا اختطاع العلم ولان في ايجاب الضمان سد باب الجهاد فلا يجوز لان الناس
اذا علموا ان فيه ضمانا يمتنعون عنه خوفا من الضمان ولا يلزم على هذا ساير ما مال
الغير حالة المخمصة حيث لا امتناع ثمة مع وجود الضمان لانه لا يمتنع عن التناول
وان كان فيه الضمان لما فيه نفع اعظم من ضرر الضمان وهو احيا النفس

فيتحمل ذلك الضرر لهذا النفع بخلاف الضمان الحاصل في ضمن الجهاد حيث
يلزم ترك الجهاد من خوف الضمان لعدم نفع اخر اعظم منه للنفس في الحال مع ان في
الجهاد غرض النفس على اتلافها وايجاب الضمان ضيقت على اتلافه ولان الغرامات
لا تجب باتيان الفروض لان الفرض مامور به وسبب الغرامات عدوان محض منهي
عنه وبين الامرين منافاة فلا غرامة بالفرض بان قلت يرد عليكم على هذا
قوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر قلت لا نسلم لانعدام
خص منه البغاة وقطاع الطريق فيخص المتنازع بما قلنا **قوله** حلال الضمان
منصوب على انه مفعول له **قوله** ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين
اذا كان عسكرا عظيما يؤمن عليه وتمامه في مختصر القدوري ويكره اخراجهن في
سرية لا يؤمن عليها والاصل فيه ما روى البخاري وصاحب السنن باسنادهما
الى ابن عمر رضي الله عنهما قال نهى رسول الله صلى الله عليه ان يسافر بالقران
الى ارض العدو وذا المعنى في النهي خوف ان يناله العدو ويستخف به غيظا على
المسلمين وهذا المعنى انما يكون اذا كان السرية بحيث لا يؤمن على المصاحف فيها
لقلتهم بخلاف ما اذا كان العسكر عظيما لان الغالب السلامة والامن وكذلك النسا
في جماعة قليلين لا يؤمن عليهن من نوع الفضيحة فيهن بخلاف العسكر العظيم
حيث يجوز اخراجهن لانتفاء المانع وكذلك اذا دخل المسلم اليهم بامان فلا باس بحمل
المصحف معه اذا كان الظاهر منهم الوفا بالعهد على عدم التعرض **قوله** وهو
التاويل الصحيح اي تعريض المصاحف على الاستخفاف هو التاويل الصحيح لنهي النبي
صلى الله عليه عن المسافرة بالقران الى ارض العدو وانما قيد بالصحيح احترازا عما
قيل ان النهي كان في ابتدا الاسلام عند قلة المصاحف كيلا ينقطع عن ايدي الناس
فاما الان فقد كثرت فلا باس باخراجها مطلقا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح
الجامع الصغير قال ابو الحسن الكرخي انما كان ذلك عند قلة المصاحف وقال الصدر الشهيد في
شرح الجامع الصغير ايضا قال الطحاوي لا باس بذلك والنهي عند قلة المصاحف والسرية

عدد

عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار ذكره في المبسوط وقال محمد في السير
الكبير افضل ما بعث في السرية ادناه ثلثة ولو بعث ما دونه جاز وعن ابي حنيفة
اقل السرية مائة وقال الحسن بن زياد من قبل نفسه اقل السرية اربعمائة واقل
الجيش اربعة الاف **قوله** والعجائز يخرجن في العسكر العظيم لاقامة عمل يليق
بهن ذكر هذا تفريعا لمسئلة القدوري فقال انما تخرج من النسا من طعنت في السن
لكن لاجل عمل يليق بهن كالطبخ ونحوه لا للقتال ولا للمباضعة الا الشواب
فان قعودهن في البيت انفع للفتنة فان كانوا يريدون المباضعة فعليهم بالاما
لا الحرائر **قوله** ويستدل به اي بقتال النسا للمباضعة اي المجامعة **قوله** ولا
يقاتل المراة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده وهذا لفظ القدوري في مختصره
وقد مر بيان ذلك فيسل هذا الباب مبينا لتارة بلا قوله لتقدم حق المولى والزوج
قوله الا ان يهجم العدو للضرورة استثنا من قوله لا يقاتل الا باذن زوجها والا باذن
سيده يعني اذا هجم العدو يقاتلان بغير الاذن لضرورة دفع الشر لان الجهاد يصير حينئذ
فرض عين **قوله** وينبغي للمسلمين ان لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا وهذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه ولا يقتلوا امراة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا اعمى ولا مقعدا الا
ان يكون احد هؤلاء ممن له راي في الحرب او تكون المراة ملكة وقد مر بيان ذلك في
حديث انس رضي الله عنه في اول هذا الباب وحديث البخاري باسناده الى ابن
عمر رضي الله عنهما قال وجدت امراة مقتولة في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه
فنهى رسول الله صلى الله عليه عن قتل النسا والصبيان وروى صاحب السنن باسناده
الى رباح بن ربيع قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه في غزوة فراى الناس مجتمعين
على شي فبعث رجلا فقال انظر على ما اجتمع هؤلا فجا فقال على امراة قتيل
فقال ما كانت هذه لتقاتل قال ابو بكر الرازي في كتاب المرتد من شرح الطحاوي
اما الشيخ الفاني فانا نقتله اذا كان ذا راي في الحرب او كان كامل العقل ومثله
نقتله اذا ارتد والذي لا نقتله هو الشيخ الفاني الذي خرف وزال عن

حد العقلاء المميزين فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون والصبي فلا يقتل اذا
كان خريفا ولا اذا ارتد واما الزمنى فهم بمنزلة الشيوخ ويجوز قتلهم اذا راى
الامام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد ان يكونوا عقلاء ويقتلهم ايضا اذا ارتدوا
كذا في شرح الطحاوي وقال في شرح الاقطع قال الشافعي ان الشيخ والاعمى و
المقعد يقتلون وذلك ضعيف لما روي من حديث انس وفي حديث رباح الذي
رويناه انفا بينته على ان علة القتل هي القتال وهؤلاء لا يقاتلون
فلا يجوز قتلهم لعدم العلة فان قيل قد روى صاحب السنن باسناده عن سمرة
ابن جندب قال قال رسول الله صلى الله عليه اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا
شرخهم قلنا المراد منه الشيوخ الذين يقاتلون توفيقا بين حديثين او من له
راي في الحرب كما قتل دريد ابن الصمة يوم اوطاس وهو ابن مائة وعشرين سنة
لانه كان اخرج ليستعان برايه في الحرب قوله والمثلة المروية في قصة العرنيين
منسوخة بالنهي المتاخر يعني ان ما روي عن النبي صلى الله عليه انه سمل اعينهم
منسوخة بالنهي وهو قوله عليه السلام ولا تمثلوا والنهي متاخر لما روي عن عمر ابن
الخطاب انه قال ما قام رسول صلى الله بعد قتل عرنيين الا كان يحثنا على الصدقة
وينهانا عن المثلة يقال مثلت بالرجل اشك به مثلا ومثلة اذا سودت وجهه
او قطعت انفه وما اشبه ذلك كذا في الفائق قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق
والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف الضاح لكون الحراب هو المبيح
للقتل والى هذا اشار بقوله ما بينا ونقتل اقطع اليد اليسرى او احدى الرجلين وان
لم يقاتل احترز لانه من اهل القتال والالة باقية واراد بيابس الشق مفلوج النصف
بان يبطل حسه وحركته منه قوله هاء كلمة بينه والهاء في اخرها للسكت في
قيل الذراري النساء ههنا في قوله نهى عن قتل الصبيان والذراري وقال المغربي في
الحديث لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا اي امراة ولا اجيرا قوله ولا يقتل مجنون هذا لفظ
القدوري في مختصره وذلك لانه ليس بمكلف فصار كالصبي الا اذا قاتلا فيقتلان حينئذ
دفعا

دفعا لشرهما اما اذا اخذ بعد الفراغ من القتال فلا يقتلان لانهما ليسا من اهل القتل
بخلاف الرجاليين والنسوان اذا قاتلوا حيث يباح قتلهم بعد الفراغ ايضا جزاء على قتالهم
بخلاف المراة اذا لم تقاتل حيث لا يقتل الا اذا كانت ملكة فيقتل لتسري الشوكتهم و
ان لم يقاتل كما اذا كان الصبي او المعتوه ملكا يقتلان لهذا المعنى وفي السير الكبير لا يقتل
الراهب في صومعته ولا اهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا يقتلون
كالقسيس وغيره وكذلك الراهب ان دل على عورة المسلمين جاز قتله قوله وان كان يجن
ويفيق فهو في حال افاقته كالصحيح يعني يقتل حال افاقته سواء وجد منه القتال
اولا لكونه مقاتلا مخاطبا قوله ويكره ان يبتدي الرجل اباه من المشركين فيقتله
وهذه من مسائل الجامع الصغير واصله ما روى اصحابنا رحمهم الله في كتبهم ان حنظلة
ابن ابي عامر استاذن النبي صلى الله عليه في قتل ابيه الكافر فلم ياذن له وان عبد الله
ابن ابي ابن سلول كان راس المنافقين وكان ابنه مخلصا يقال له عبد الله ايضا فاستاذن
النبي صلى الله عليه في قتل ابيه فلم ياذن له ولانه امر بالمعروف في المصاحبة بنص
الكتاب فلا يحل ان يقتله ولان الابن يجب عليه نفقته والمرء والانفاق بسبب الاحياء و
قتله بسبب الافناء فلا يجوز للزوم التناقض قال فان ادركه امتنع عليه حتى يقتله غيره
امتنع الابن عن قتل ابيه واقفا عليه بان يعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك فانما
يمتنع في قتله عين الابن لئلا يلحق الابن ماثم في مباشرة قتل ابيه بخلاف ما اذا قصد الاب
الكافر قتل ابنه المسلم حيث يحل له قتل الاب دفعا عن نفسه اذا لم يقدر على ان يمتنع
منه الا بالقتل الا ترى ان الاب المسلم لو قصد قتل ابنه ولم يمكن له دفعه الا بالقتل
حل قتله فهنا اولى قوله من غير اقتحامه الماثم اي من غير دخوله في الماثم يقال
اقتحم الفرس النهر اي دخله قوله الاطلاق في اقتاله الى الاجازة في اتيان الاب
قال في شرح الطحاوي وما سوى الوالدين من ذي الرحم المحرم فلا باس بقتله هذا
في الكافر واما في اهل الخوارج والبغي فكل ذي رحم محرم كالاب سواء واما في الرجم
في باب الزنا فان البداءة بالشهود شرط فلو كان الشاهد هو الولد فلا باس بان يرمي ولا

اقتحم

بقصد القتل **قوله** لما بينا اشارة الى قوله لان مقصوده الدفع **باب**

الموادعة ومن لا يجوز امانه لما فرغ من بيان القتال شرع في بيان الموادعة وهي المصالحة بان يدع كل واحد من فريقي المسلمين والكافرين القتال مع الاخر لان ترك الشيء يقتضي وجود ذلك الشيء سابقا لا محالة **قوله** واذا رأى الامام ان يصالح اهل الحرب او فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا بأس وهذا لفظ القدوري في مختصره اي لا بأس بالصلح **اعلم** ان الموادعة مع اهل الحرب لا يجوز الا اذا كان بالمسلمين ضعف اذ كانت الموادعة خيرا للمسلمين كذا ذكره الكرخي في مختصره وهو معنى قوله وكان ذلك مصلحة وهذا لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها يقال جنح له واليه اذا مال ولما روى البخاري في الصحيح باسناده الى البراء بن عازب قال صالح النبي صلى الله عليه المشركين عام الحديبية على ثلثة اشياء على ان من اتاه من المشركين رده اليهم ومن اتاهم من المسلمين لم يردوه وعلى ان يدخلها من قابل ويقيم بها ثلث ايام ولا يدخلها الا بجلبان السلاح السيف والقوس ونحوه ولان المقصود من الجهاد دفع شرهم وفي الصلح ذلك فكان الصلح جهادا من حيث المعنى وان لم يكن من حيث الصورة فجاز بخلاف ما اذا لم يكن بالمسلمين حاجة الى الصلح حيث لا يجوز لقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وانتم الاعلون ثم تجوز الموادعة بجعل وبغير جعل لان اخذنا المال على ترك القتال يجوز كالجزية ويوضع موضع **الخراج** لا خمس فيه ويجوز على مال يعطيهم ايضا دفعا لشرهم ويجيء بعد هذا انشاء الله تعالى جزية
فان **قلت** ان الاية وهي قوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها منسوخة في قول ابن عباس بقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله وفي قول مجاهد بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فكيف جاز الاحتجاج بها **قلت** قال في الكشاف الصحيح ان الامر موقوف على ما يرى فيه الامام صلاح الاسلام واهله من حرب او سلم وليس بحتم ان يقاتلوا ابدا او يجابوا الى الهدنة ابدا وفي السلم ثلث لغات فتح السين وكسرها مع السكون للام وفتحهما جميعا وهي مما يذكر ويؤنث

والجلبان

والجلبان بضم الجيم واللام وتشديد الباء شبه جراب يضع فيه الرجل سيفه مغمودا او سوطه واداته ويعلقه وراء رحله قيل هو بسكون اللام وتخفيف الباء **قوله** ووادع رسول الله صلى الله عليه اهل مكة عام الحديبية على ان يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين نظر لان في الصحيح عند اصحاب المغازي ان رسول الله صلى الله عليه وادعهم على ترك القتال سنتين هكذا ذكره معتمر بن سليمان في كتابه عن ابيه **قوله** ولا يقتصر الحكم على المدة المروية اراد بها عشر سنين **قوله** لتعدي المعنى وهو دفع الشر **قوله** بخلاف ما اذا لم يكن خيرا متصلا بقوله وكان ذلك مصلحة للمسلمين في البدء يعني لا يجوز الصلح اذا لم يكن خيرا بالمسلمين للزوم ترك الجهاد صورة ومعنى **قوله** وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح انفع نبذ اليهم وقاتلهم وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل فيه قوله تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء والنبذ الطرح والمراد نبذ العهد وهو الاعلام بنقض العهد وقد صح ان النبي صلى الله عليه وادع قريشا فلما اراد النبذ بعث الى مكة من ينادي بنقض الصلح الا ترى الى ما روى البخاري في الصحيح ان ابا هريرة قال بعثني ابو بكر رضي الله عنه فيمن يؤذن يوم النحر بمنى ان لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان فنبذ ابو بكر الى الناس في ذلك العام فلم يحج عام حجة الوداع الذي حج فيه النبي صلى الله عليه مشرك ولان الصلح كان لاجل مصلحة المسلمين فاذا كانت مصلحتهم في خلاف ذلك تركوه وانما ينبذ لئلا يكون غادرا وذلك حرام موجب للاثم الا ترى الى ما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الله بن عمرو قال قال رسول الله صلى الله عليه اربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا **من اذا حدث** كذب واذا وعد اخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر ومن كانت فيه خصلة منهن كانت فيه من النفاق حتى يدعها ثم لا بد من بلوغ خبر النبذ الى جميعهم احترازا عن الغدر قال في شرح ابي نصر قد اعتبروا في ذلك ان يمضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ ان ينفذ الى جميع اطرافه ويعلمهم ذلك فاذا مضت هذه المدة جاز للمسلمين ان يغيروا عليهم وعلى اطرافهم ومتى علم المسلمون ان القوم لم

يعلموا بذلك لم تجز لهم ان يغيروا عليهم حتى يمضي الوقت المذكور ومعنى قوله تعالى خيانة
اي نقضا للعهد فانبذ اليهم على سواء اي الق اليهم نقضك العهد لتكونوا انت وهم في العلم
بالنقض سواء يعني مكشوفا بيننا **قوله** قال فان بدءوا بالخيانة قاتلهم ولم ينبذ
اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم اي قال القدوري في مختصره يعني ان بدا الكفار بنقض العهد
يقاتلهم الامام قبل النبذ لكن بشرط ان يكون نقض العهد باتفاق منهم لانهم نقضوا
العهد فلا غدر ومنا في الحل قتالهم كذمي نقض العهد لحق بدار الحرب بخلاف
ما اذا لم ينقض العهد اهل ناحية منهم حيث لا يقاتلهم الا بالنبذ اليهم وبخلاف
ما اذا خرج في دار الاسلام جماعة لا منعة لهم فقطعوا الطريق حيث لا يكون
ذلك نقضا للعهد اصلا لا في حقهم ولا في حق غيرهم كذمي نقض العهد في دارنا
فاذا كانت لهم منعة يكون ذلك نقضا في حقهم خاصة فيجوز قتلهم واسترقاقهم
مع من معهم من النسوان والصبيان الا اذا كان ذلك بامر ملكهم فحينئذ يكون نقضا
في حق جميعهم لوجود الرضا منهم وهو معنى قوله الا باتفاقهم يعني **قوله** وان
راى الامام موادعة اهل الحرب وان ياخذ على ذلك مالا فلا باس به وهذه مسئلة
الجامع الصغير المعادة وانما كررها بعد ان بين حكم الموادعة مع اهل الحرب لان
في مسئلة القدوري لم يذكر الموادعة على المال ولم يذكر الموادعة مع المرتدين
ايضا وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنهم في اهل الحرب
ان راى الامام ان يوادعهم فعل وان اخذ على ذلك مالا فلا باس به واما المرتدون اذا قالوا
وادعونا حتى ننظر في امرنا فلا باس بان يوادعهم ولا ياخذ على ذلك مالا فان اخذ
لم يرده عليهم اما الموادعة مع اهل الحرب فجائزة بالكتاب والسنة وقد بيناه انفا
وجازت بالمال لانه ذو منفعة المسلمين فاذا جازت بدون المال فبالمال
اولى ثم المال الماخوذ يوضع في مصارف الخراج والجزية اذا اخذ قبل ان ينزلوا ساحتهم
ولا خمس فيه لانه في معنى الجزية اما اذا اخذ بعد ذلك فحكمه حكم ساير الغنايم تخمس
فيقسم الباقي بين الغانمين واما اهل الردة فلا باس بموادعتهم اذا طلبوا ذلك رجا
الاسلام

جزء

الاسلام منهم لان القتال مع اهل الكفر لاعلا كلمة الله تعالى وطلب الاسلام
فاذا طلبوا الموادعة حصل رجا الاسلام فنوخر عنهم القتل قال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير هذا اذا غلب المرتدون على مدينة وصارت دارهم دار الحرب
يدل على ما ذكره الفقيه وضع المسئلة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون على
دار يرد ون الاسلام فلا باس بموادعتهم عند الخوف فلو وادعهم على المال
لا يجوز لانه في معنى الجزية فلا يجوز اخذ الجزية من اهل الردة ولكن مع هذا
لو اخذ لا يرده عليهم لانه مالهم في للمسلمين اذا ظهروا على ذلك الخلاف ما اذا اخذ
من اهل البغي حيث يرده عليهم بعد ما وضع الحرب اوزارها لانه ليس بفي الا انه لا يرده
حال الحرب لئلا يكون اعانة لهم على المعصية **قوله** لما بينا من قبل اشارة الى ما
ذكر قبل هذا بخطوط بقوله لانه ترك الجهاد صورة ومعنى ولا يجوز ان يكون اشارة
الى قوله لانه يشبه الاجر قبل باب كيفية القتال بخمس خطوط **قوله** منهم اي من المرتدين
قوله لما نبين في باب الجزية **قوله** ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة
على مال يدفعه اليهم لا يفعله الامام وهذه مسئلة الاصل ذكرها تفريعا لمسئلة الجامع الصغير
وانما لا يفعله لان فيه الحاق الذل والصغار بالمسلمين فلا يجوز ذلك لقوله صلى الله
عليه لا ينبغي لمؤمن ان يذل نفسه الا اذا كان المسلمون يخافون الهلاك على انفسهم فلا باس
بذلك لانهم اضطروا لدفع الهلاك عن انفسهم والضرورات تبيح المحظورات فجاز الموادعة
سواء كانت بمال او بغير مال وهو معنى قوله باي طريق يمكن **قوله** لما فيه من
اعطاء الدنية قال في المجمل الدنية النقيصة وسمعت شيخنا برهان الدين الخبزغفني
انشد في هذا المقام اذا ما اهان امرؤ نفسه فلا اكرم الله من يكرمه **قوله** ولا
ينبغي ان يباع السلاح من اهل الحرب ولا يجهز اليهم هذا لفظ القدوري في مختصره
اي لا تحمل اليهم التجار الجهاز وهو المتاع يعني منا السلاح وفي الجامع الصغير يكره بيع السلاح
من اهل الفتنة وفي الشامل في قسم المبسوط لا تحمل التجار اليهم الكراع والسلاح والحديد
وكذلك ذكر الحاكم في الكافي والاصل فيه قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا

ملك الجزية

عن نفسه

على الاثم والعدوان وفي بيع السلاح منهم او حمله اليهم اعانة لهم على المعصية فلا تحل بخلاف
ما اذا باع بالكوفة من اهل الكوفة ممن لا يعرف انه من اهل الفتنة حيث لا يكره لانه
محمول على الجهاد لان امور المسلمين محمولة على الصلاح وكذلك بيع الكراع منهم
وحملها اليهم مكروه ليقويهم على المعصية قال الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع
الصغير وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير ليس بالة للمعصية
وانما يصير الة للمعصية بعد ما يصير خمرا واما هنا فالسلاح الة للفتنة في الحال
فاذا كان كذلك يكره ممن يعرف بالفتنة فبا شارة هذا يعلم ان بيع الحديد منهم لا يكره
لان نفسه ليس بالة للمعصية كالعصير واليه ذهب فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
حيث قال وهذا في السلاح فاما فيما لا يقاتل به الا بصنعه فلا باس كما كرهنا بيع المزامير
وابطلنا بيع الخمر ولم نر ببيع العنب باسا ولا ببيع الخشب وما اشبه ذلك قلت هذا هو
التحقيق الا ان ظاهر الرواية بخلاف ذلك الا ترى ان الحاكم قد نص على تسوية الحديد
والسلاح واليه ذهب صاحب الهداية حيث قال وكذا الحديد لانه اصل السلاح
لكن يرد عليه بيع الخشب ممن يتخذ الة الفساد حيث لا يكره وكذا لا يكره بيع العصير
ممن يتخذ خمرا قوله وكذا الكراع اي الكراع كالسلاح لا يباع منهم ولا يجهز اليهم
لما بينا اشارة الى قوله لان فيه تقويتهم قوله وكذا بعد الموادعة اي كما لا يباع السلاح
والكراع منهم قبل الموادعة فكذلك بعد الموادعة لانها على شرف النقض بتبدل
المصلحة او على شرف انقضاء المدة الموادعة فيلزم تقويتهم قوله وهذا هو القياس
في الطعام والثوب الا انا عرفناه بالنص يعني كان القياس في بيع الطعام والثوب منهم
وحمل ذلك اليهم ان يكون مكروها الا انا تركنا القياس بما روي من امر النبي صلى الله عليه
ثمامة ان يمير اهل مكة اي يأتيهم بالطعام وكان اهل مكة حربا على رسول الله صلى الله عليه
حينئذ ولان الطعام ليس كالسلاح لانه الة القتال والفتنة وليس كذلك الطعام
ونحوه قال الحاكم الشهيد في الكافي فان كان الحربي جاء بسيف فاشترى مكانه قوسا
او رمحا او ترسا لم يترك ان يخرج به مكان سيفه وكذلك ان استبدل بسيفه سيفا
خيرا منه وان كان مثله او شرا منه لم يمنع فصل

واذا

واذا امن رجل حر او امراة حرة كافرا او جماعة او اهل حصن او مدينة صح امانهم
ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان امان الواحد
الحر المسلم جائز سواء كان ذكرا او انثى او اعمى او شيخا او مريضا وفي امان العبد كلام
يجي بعد هذا ان شاء الله تعالى والاصل فيه ما روى صاحب السنن باسناده الى عمرو
ابن شعيب عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه المسلمون تتكافؤ دماؤهم
ويسعى بذمتهم ادناهم ويجير عليهم اقصاهم وهم يد على من سواهم وفي السنن ايضا
مسندا الى ابن عباس قال حدثني ام هاني بنت ابي طالب انها اجارت رجلا من
المشركين يوم الفتح فاتت النبي صلى الله عليه فذكرت ذلك له فقال قد اجرنا
من اجرت وامنا من امنت وفيه ايضا مسندا الى عايشة قالت ان كانت المراة
لتجير على المومنين فيجوز ولان الامان مشروع لدفع الحرب الحاصل من اهل القتال
فيجوز امان الواحد الحر منا لانه من اهل القتال اما بالتسبيب او بنفسه مباشرة
اما نا وبل قوله عليه السلام كانت هذه ليقاتل اي بنفسها فلما ثبت الامان في حق المومن
ثبت في حق ساير المسلمين كما في شهادة الواحد العدل بهلال رمضان اذا كان بالسماء
علة لانه ليس متهم فكذا هنا ولان سبب الامان وهو الايمان اي اعطاء الامان ليس بمتجزى
فلا يتجزى الامان ايضا فثبوته في حق البعض دون البعض بل ثبت كاملا في حق
الجميع لان ثبوت المسبب بحسب السبب كما في ولاية الانكاح لان سببها وهو القرابة
ليس بمتجزى فلا يتجزى الولاية ايضا ولهذا اذا زوج احد الاولياء ليس للباقين
الفسخ ومعنى الحديث اما قوله يتكافؤ دماؤهم اي تتساوى في القصاص والديات
لا فضل لشريف على وضيع كذا قال ابو عبيد واما قوله يسعى بذمتهم ادناهم فالذمة
الامان ولهذا سمي المعاهد ذميا لانه قد اعطي الامان على ماله ودمه للجزية التي توخذ
منه ومنه قول سلمان الفارسي ذمة المسلمين واحدة وادناهم اي اقلهم لقوله تعالى
ولا ادنى من ذلك ولا اكثر وهذا من الدنو وفسره محمد بالعبد من الدناة واما قوله
ويجير عليهم اقصاهم ويروى ويرد عليهم اقصاهم فمعناه اذا دخل العسكر ارض
الحرب فوجه الامام السرايا فما غنمت من شي جعل لها ما يسمى ورد ما بقي على اهل العسكر

لانهم ردء للسرايا ويقال اجرت فلانا على فلان اذا حميته منه ومنعته واما قوله
وهم يد على من سواهم اي كلمتهم ونصرتهم واحدة على جميع الملل المحاربة لهم يتعاونون
على ذلك ولا يخذل بعضهم بعضا **قوله** للاقاة محلها اي الملاقاة الامان محل الامان ومحله
نحو الحربي الخايف **قوله** ثم تعدى الى غيره اي تعدى الامام الى غير الذي امن من
المسلمين **قوله** وهو للايمان اي سبب الامان الايمان اي اعطاء الامان لانه يقال امنته اي
اعطيته الامان فامن وقال بعضهم في شرحه المراد من الايمان التصديق بالقلب وفيه
نظر لانه لا يقال امنته بمعنى صدقته لجعل الحربي في امان وانما لم يصح ايمان الذمي اي
اعطاء الامان منه لان شرطه كون الشخص حرا مسلما من اهل القتال **قوله** كولاية
الانكاح اندرج بيانه فيما بيناه **قوله** قال الا ان يكون في ذلك مفسدة فينبذ اليهم اي
قال القدوري في مختصره وهو استثناء من قوله ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم يعني اذا
كان في الامان مفسدة فينبذ اليهم الامام كما لو امن الامام بنفسه ثم راى بخلاف ذلك
دفعا للضرر عن المسلمين ودفعا للغدر عن الكفار **قوله** وقد بيناه اي في اول فصل
الموادعة عند قوله وان صالحهم مدة ثم راى نقض الصلح انفع نبذ اليهم والى ذلك الموضع
ايضا اشار بقوله لما بينا **قوله** ولو حاصر الامام حصنا وامن واحد من الجيش وفيه
مفسدة ينبذ الامام وهذا تكرار لا محالة لانه علم من قوله الا ان يكون في ذلك مفسدة
قوله ويؤدبه الامام الضمير راجع الى واحد من الجيش **قوله** لافتياته على رايه اي
لسبقه على راي الامام بخلاف ما اذا كان في امان هذا الواحد نظر للمسلمين ومصلحة
لهم حيث لا يؤدبه الامام لانه لو انتظر الى راي الامام ربما تفوت المصلحة فكان في
الاقدام على الامان معذورا وقال في المجمل الافتيات افتعال من الفوت وهو السبق الى
الشيء دون ائتمار من يؤتمر يقال لا تفتات على فلان اي لا تعمل شيء دون امره **قوله**
ولا يجوز امان ذمي هذا لفظ القدوري في مختصره **اعلم** ان امان الذمي باطل وان حضر
حصر لمعونة المسلمين لانه متهم في حقنا لانه يسعى ابدا في تقوية الكفر فلم يعتبر امانه
مع التهمة ولان الامان ولاية وهي نفاذ قول الانسان على الغير شاء او ابى ولا
ولاية

ولاية للكافر على اهل الاسلام لقوله تعالى لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين
سبيلا فلا يصح امانه **قوله** قال ولا اسير ولا تاجر يدخل عليهم اي قال
القدوري في مختصره وذلك لان الامان لدفع الخوف وهما مقهوران في ايديهم فلا
خوف اذن فلا يصلح امانهما ولانهم اذا احتاجوا الى الامان يكرهون الاسير
او التاجر على الامان فينوا منهم عن كره والامان مشروع لمصلحة المسلمين ولا
مصلحة في امان حصل عن اكراه مفسد للرضا فلا يصح **قوله** ومن اسلم في دار
الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح امانه وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا لمسئلة
القدوري وذلك لما قال ان الامان يختص بمحل الخوف وهو المراد بقوله لما بينا **قوله**
ولا يجوز امان العبد عند ابي حنيفة الا ان ياذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح امانه
وهذه من مسائل القدوري وقد اختلف الرواية عن ابي يوسف ففي رواية الطحاوي
انه مع ابي حنيفة وهو الظاهر عنه ولهذا قال في الشامل في قسم المبسوط امان
العبد ان كان يقاتل مع مولاه جاز والا فلا عندهما وقال محمد والشافعي يجوز في
الوجهين واعتمد عليه صاحب الاسرار ايضا وفي رواية الكرخي قول ابي يوسف مع
محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه لمحمد قوله عليه السلام يسعى بذمتهم ادناهم وادنى
المسلمين هو العبد فيصح امان العبد كيف كان بحكم اطلاق الحديث ولان العبد المحجور
عن القتال مؤمن بالله ورسوله ممتنع اي له امتناع وقوة كالماذون له في القتال
فيصح امانه والجامع اعلاء كلمة الحق ودفع شر الكفار وهو معنى قوله والتاثير
اعزاز الدين اقامة المصلحة وشرط الامان لان الجهاد عبادة فلا بد لصحتها من
الايمان وشرط الامتناع لان الامان ازالة الخوف من الحربي وخوفه منزل قوة
القتال لا محالة ولان الامان لاقامة مصلحة المسلمين والعبد والحر فيها سواء
ولان امانه لو لم يكن فيه مصلحة نقضه الامام بعد النبذ كما في امان الواحد الحر
فيكون مؤقتا ام الامان المؤبد يجوز من العبد المحجور فالمؤقت اولى لانه اذا قبل عقد الذمة
من الحربي جاز ولم يحجر فسخه ولابي حنيفة رضي الله عنه ان الامان ازالة الخوف والكفار

لايجا نون من العبد المحجور لانه لا يملك القتال لحق مولاه فلا يصح امانه بخلاف
المأذون له في القتال فانهم يخافون منه لقتاله فيصح امانه ولان امان العبد تصرف
في حق المولى على وجه لا يعرى عن الحاق الضرر بالمولى فلا يجوز الحاق الضرر به
الا برضاه بيانه ان امانه لو صح يحرم عن القتال والاستغنام بعد ذلك والاستغنام
الكسار مال مباح فتعد صحة الامان لا يبقى للمولى استعمال عبده في الاستغنام وهو
ضرر بالمولى لا محاله بخلاف امان المأذون فانه يتصرف في حق المولى برضاه وبخلاف
المؤبد من الامان وهو عقد الذمة فانه يصح من المحجور لان عقد الذمة خلف عن
الاسلام من حيث انه ينتهي به القتال المطلوب به الاسلام الحربي ثم اذا طلب
الحربي عوض الاسلام عليه من المحجور يعترض عليه العرض فكذا اذا طلب عقد
الذمة ولان الامان المؤبد مقابل بالجزية وفيها نفع بالمسلمين لا ضرر فيصح ذلك
الامان لهذا والجواب عن الحديث فالمراد منه الحر جمعا بين العقل والنقل وينبغي
الاذني هو الاول لقوله تعالى ولا ادنى من ذلك ولا اكثر وما جاء في الحديث من صحة امان
العبد فالمراد منه المأذون بدليل ما ذكرنا وما ذكر من المصلحة فهي امر يعرف
بالنظر والاجتهاد فيحتمل الخطأ فلا يثبت في حق المولى وحق ساير المسلمين قوله
فالايمان اي شرط الايمان من الذي يؤمن الحربي والامتناع اي شرط الامتناع
قوله والتاثير اي في صحة قياس المحجور بالمأذون قوله لا يملك المسايفة اي لا يملك المحجور
المضاربة بالسيف يعني القتال قوله ولانه اي ولان المحجور عطف على قوله لانهم لا يخافون
قوله والامان نوع قتال وذلك لان القتال لدفع شر الكفرة وفي الامان دفع شرهم
ايضا وفيه ما ذكرناه اي في الامان احتمال الضرر لان الامان نوع قتال وفيه سد باب
الاستغنام اي في الامان وقد قررناه لمباشرته القتال اي لمباشرة المأذون لانه لما
باشر عرف مصلحة الامان فكان الخطأ نادرا قوله وبخلاف المرتد اي الامان المرتد
وهو عقد الذمة جواب قوله وبالمرتد من الامان وقد بيناه انفا ولانه الضمير
راجع الى المرتد في الموضعين قوله فانتزنا اي انتزنا امان العبد المحجور عليه عن القتال

واما ان

واما ان المأذون له بالقتال اذ من الامان المؤقت من المحجور الامان المؤبد منه قوله
ولو امن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال
فعلى الخلاف اي على الخلاف المذكور في العبد المحجور ذكر هذه المسألة تفريعا لمسألة
القدوري في مسألة السير الكبير قال الناطفي في الاجناس ناقلا عن السير الكبير قال
محمد الغلام الذي راهق الحلم وهو يعقل الاسلام ويصفه جاز امانه ثم قال وهذا قوله
فاما عند ابي حنيفة وابي يوسف فلا يجوز وقال في كفاية البيهقي لا يجوز امان الصبي
المراهق ما لم يبلغ عند ابي حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام ويصفه نفسه
وكذلك المختلط العقل لانه من اهل القتال كالبالغ الا انه يعتبر ان يكون مسلما
لابي حنيفة انه لا يملك ان يعقد في حق نفسه ففي حق جميع المسلمين اولى ثم
الفاظ الامان الحربي لا تخف ولا توجل او مترس ولكم عهد الله او ذمة الله او تعال
فاسمع الكلام ذكره في السير الكبير وقال الناطفي قال في السير الكبير املاء سألت
ابا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السماء لرجل من العدو فيما سه ليس هذا بامان
وابو يوسف يستحسن ان يكون امانا وهو قول محمد ذكره في السير الكبير باب
الغنايم وقسمتها وانما ذكر الغنايم بعد الامان لان الامام اذا حاصر الكفار
فاما ان يؤمنهم واما ان يقتلهم ويغنم اموالهم فكانت الغنيمة وقسمتها اخرى مختارة
الامام ثم الغنيمة اسم المال من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قائمة والفي ما
اخذ منهم من غير قتال كالخراج والجزية وفي الغنيمة خمس دون الفي قوله واذا فتح
الامام بلدة عنوة اي قهرا فهو بالخيار ان شا قسمهم بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى
الله عليه بخيبر وان شا اقر اهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج وهذه
من مسايل القدوري اعلم ان المسلمين اذا فتحوا احد بلدة من بلاد الروم عنوة فالامام
بالخيار ان شا قتل مقاتلتهم وخمس نسائهم وذراريهم واراضيهم واموالهم ودفع الخمس لليتامى
والمساكين وابن السبيل وقسم الباقين بين الذين فتحوها ويضع على اراضيهم العشر لانه ابتداء
توظيف على المسلم وان شا من عليهم برقابهم ونسائهم واموالهم وجعلهم احرارا ذمة للمسلمين

يضع على مقاتلتهم الجزية وعلى اراضيهم الخراج يستوي فيه الما العشري ونحوها
السما والعيون والابار والخراج نحو ما الانهار التي حفرتها الاعاجم لانه ابتدا التوظيف
على الكافر وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وان شا من عليهم برقابهم
واراضيهم وقسم سائر اموالهم وهذا مكروه الا ان يدع لهم من ذلك ما يتوصلون به الى العمل
في اراضيهم فان من عليهم برقابهم واموالهم دون الاراضي فان ذلك لا يجوز لانه لم يرد في الشرع قال مع
وهو ضرر محض يعني بالفقرا هنا لفظه اما القسمة فلما روي في الصحيح البخاري وغيره مسندا
الى زيد بن المسلم عن ابيه قال قال عمر رضي الله عنه لولا اخر المسلمين ما فتحت قرية
الا قسمتها بين اهلها كما قسم النبي صلى الله عليه خيبر واما المن ووضع الخراج
والجزية فلما روي عن عمر رضي الله عنه حين فتح سواد العراق انه فعل كذلك وعند الشافعي
لا يجوز المن بالاراضي في المفتوح قهرا والمن بالمنقول لا يجوز بالاتفاق وقال في الاسرار
قال بعض الناس ليس للامام ذلك في الرقاب والاراضي لان الله تعالى قسم القسمة
فجعل الخمس لله تعالى ولرسوله والاربعة الاخماس للغانمين وليس له ان يبطل قسمة الله
ولان النبي صلى الله عليه قسم خيبر وكل بلدة فتحها ولان القسمة حق الغانمين فلا يجوز
للامام ان يبطل ذلك بغير بدل يعادله لان منفعة الخراج للغانمين ليست مثل
منفعة اصل الارض وهذه حجة للشافعي ايضا الا انه يقول بالمن بالرقاب وانما جاز لان
للامام ان يبطل حقهم في الاصل بالقتل فكذا الى الخلف وهو الجزية ولنا ما روينا عن
عمر رضي الله عنه وقد احتج عمر رضي الله عنه على سائر الصحابة بقوله تعالى ما افاء الله
على رسوله من اهل القرى فلله وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل
ثم قال للفقرا المهاجرين وادخلهم معهم ثم قال والذين تبوءو الدار والايمان يعني الانصار
وادخلهم معهم اي وللذين ثم قال والذين جاءو من بعدهم اي وللذين فادخل فيهم من
يجي من بعدهم ورجعت الصحابة الى قوله حيث سمعوا الحجة ببيان ذلك ان القسمة
لو كانت حتما ولم يجز المن بالاراضي ووضع الخراج لم يكن نصيب لمن يجي من بعدهم
وذلك خلاف الاية وما علم الخلاف من الصحابة سوى بلال والصحابة لقلتهم
في الفقه

في الفقه فانهم كانوا اصحاب الظاهر لا المعنى ولا يعتبر خلافهم مع اجماع اهل
الفقه من الصحابة قال القاضي ابو زيد روي ان عمر رضي الله عنه قال اللهم اكفني
بلالا واصحابه فما حال الحول وما فيهم عين تطرف فماتوا كلهم قال قوله ان بني بجيلة
اتوا على عمر رضي الله عنه فاعطاهم ربع العراق ثم اشتراه عمر منهم بالدنانير
واصاب جرير ابن عبد الله من ذلك ثمانون الف دينار قلنا لا خلاف ان للامام
ان يقسم اذا لم يرضوا طلبا لرضاهم اذا راى الصلاح فيه وانما الخلاف في ان لاحق
الزام لا وقد ثبت ذلك بالاية ولان رسول الله صلى الله عليه فتح مكة عنوة ومن على اهلها
بالاسر وهي ما يتملك ولم يقسمها بين الغانمين يدل على ذلك قول الله تعالى وهو
الذي كف ايديهم عنكم وايديكم عنهم ببطن مكة من بعد ان اظفركم عليهم وهذا لان كف الايدي
من بعد الظفر لا يكون بالصلح بل بالقتال ويدل على ذلك قوله عليه السلام يوم
الفتح من دخل دار ابي سفيان فهو امن ومن القى السلاح فهو امن فلو كان الفتح بالصلح
لما احتيج الى ذلك نوع ويدل قوله تعالى اذا جاء نصر الله والفتح وذلك لانه لو كان بالصلح
لقال والانفتاح لا والفتح وروي عن رسول الله صلى الله عليه دخل مكة وعلى راسه
مغفر رواه انس في السنن وذا كد دخول اهل القتال لا اهل الصلح والجواب عن استدلاله
بالمعقول فنقول الخراج وان كان لا يعادل الارض في الحال القلة يعادلها بدوامها لانه
يجب في كل سنة وفيه نفع عام للغانمين ومن بعدهم قوله عنوة اي قهرا ليس بتفسير
لغة لان العنوة من عنا يعنو عنوا اذا ذل وخضع الا انه اراد القهر بطريق
الكناية لان القهر يستلزم الذل وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية قوله ولم يجد
من خالفه يريد بهم بلالا واصحابه وانما لم يعتد احيث ماتوا بدعا عمر رضي الله عنه وقد مر
بيانه انفا قوله تخيير اي الامام قوله قيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين
اراد بالاول القسمة كما فعل رسول الله صلى الله عليه بخيبر قوله والثاني عند
عدم الحاجة اراد بالثاني اقرار اهل البلدة عليه بالمن ووضع الجزية والخراج قوله
وهذا في العقار اي اقرار اهل البلد عليه بالمن عليهم اما في المنقول المجرد فلا يجوز

المن لعدم ورود الشرع به بخلاف المن بالمنقول اذا كان مع العقار حيث يجوز ذلك تبعا يعني فان من عليه منا اذا انعم والمراد من المن بالمنقول ان يدفع اليهم مجانا **قوله** لان في المن ابطال حق الغانمين اي عندنا لانه لا يثبت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام او ملكهم اي ابطال ملكهم يعني عند الشافعي لان القسمة تملك عنده قبل الاحراز بالدار بعادله اي يعادل الحق والملك غير معادل اي للاراضي مادة بنا اي ما ذكر من فعل عمر بموافقة الصحابة **قوله** ولان فيه اي في اقرار اهلها عليها نظرا اي للمسلمين لان الكفار حينئذ يكونوا كالاكرة اي كالمزارعين مع ارتفاع المونة عن الامام وعن المسلمين فكان نظرا تاما ونفعا عظيما **قوله** العاملة لوجوه الزراعة صفة الاكرة لا صفة المسلمين وهي من العلم لا من العمل **قوله** ان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيا لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة وذلك لانهم لا يتمكنون من الانتفاع بالاراضي الا باسباب الزراعة فلا بد من ان يدفع لهم ما به يقوون على ذلك فان من يدع يكره وان جاز **قوله** قال ويعني الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان شاء استرقهم وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين ولا يجوز ان يردهم الى دار الحرب والحاصل ان الامام في الرقاب ثلاث خيارات القتل والاسترقاق وجعلهم اهل ذمة على الحرية لكن القتل انما يجوز قبل الاسلام فاذا اسلموا فلا قتل فيجيء ذلك بعد هذا **اما** جواز القتل لما روى صاحب السنن ان رسول الله صلى الله عليه قال يوم فتح مكة اربعة لا امنهم في حل ولا حرم فسماهم وقينتين كانتا لمقيس فقتلت احداهما وافلتت الاخرى فاسلمت وحدث البخاري وصاحب السنن باسنادهما الى انس ابن مالك ان رسول الله صلى الله عليه دخل عام الفتح وعلى راسه المغفر فلما نزعه جاء رجل فقال ان ابن خطل متعلق باستار الكعبة فقال اقتلوه وقد صح ان رسول الله صلى الله عليه اسر يوم بدر سبعين رجلا وكان منهم عقبة ابن ابي معيط امر بقتله فقتله رجل يقال له عاصم ابن الافلح الانصاري ولان فيه قطع الفساد بالكلية **واما** استرقاقهم فلان فيه دفع الشر من المسلمين فجاز كالقتل مع ما فيه نفع وافر لاهل الاسلام وهو استخدامهم والانتفاع بهم بعد اندفاع شرهم بالاسترقاق **واما** جعلهم اهل ذمة على الجزية بوضع الجزية والخراج فلما روي عن عمر رضي الله عنه

رضي الله عنه انه فعل كذلك باهل السواد وهو معنى قوله لما بينا لكن هذا الحكم في غير المشركين من العرب وفي غير المرتدين لانه لا يجوز استرقاقهم ولا وضع الجزية عليهم ولا يقبل منهم الا الاسلام او السيف على ما يجيء ذلك في باب الجزية وهو معنى قوله على ما نبين **واما** عدم جواز رد الاسارى الى الكفار فلانهم يكونون معونة وتقوية للكفار على المسلمين بهم وبتقويتهم وهو منهي لا يجوز لقوله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وفيه ان لا يحصل تفويتهم كما في رد المستامن اليهم **قوله** فان اسلموا لا يقتلهم اي ان اسلم الاسارى بعد الاسر لا يقتلهم الامام لان الغرض من القتل دفع شرهم وقد حصل ذلك بالاسلام بدون القتل فلا حاجة اليه لكن يجوز استرقاقهم بعد الاسلام لان الاسلام لا ينافي الرق والرق جزاء الكفر الاصلي وكان الامام مخيرا بين الامور الثلاثة فيهم وقد انتفى الاسلام منها القتل والجزية لمانع الاسلام فبقي على خيار في الباقي وهو الاسترقاق بخلاف ما اذا اسلموا قبل الاخذ لانه لا يجوز الاسترقاق لانهم صاروا احرار الناس بنفسهم قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء لان الاخذ **قوله** لان فيه اي في الاسترقاق **قوله** لما بينا اشارة الى فعل عمر وقد بيناه **قوله** على ما نبين من ذكره انفا بذكر ما يدل القتل والرأي الى الامام **قوله** ولا يفادى بالاسارى عند ابي حنيفة وفيه لا يفادى بهم اسارى المسلمين وعندهما يفادى بهم لان في ذلك رحمة يقابلة اطلاق الاسارى التي في ايدي المسلمين لان المفادلة فعل من اثنين تقابل فان راه اذا اطلقه واخذ في مقابلته كما قال المطرزي وقالا الاسرا يستفاد بنفسه او بماله **اعلم** ان اخذ الفدية بمقابلة اطلاق الاسارى المشركين لا يجوز عند ابي حنيفة وهو المشهور عنه وعند ابي يوسف ومحمد وهو قول الشافعي يجوز ان يعادى بالاسارى في ايدينا اسارى المسلمين الذين في ايدي الكفار ولا باس به وهو احدى الروايتين عن ابي حنيفة كذا قال في شرح الطحاوي وذكر في الرواية صاحب الاسرار لهما قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء قال صاحب الكشاف فاما تمنون منا واما تفدون فداء والمعنى التخيير بعد الاسر بين ان يمنوا عليهم فيطلقوهم وبين ان يفادوهم

وحدث الطحاوي في شرح الآثار عن عمران بن حصين ان رسول الله صلى الله عليه
فادى برجل من العدو رجلين من المسلمين ولان فيه تخليص المسلم من عذاب الكفار
فكان ذلك اولى من قتل الكافر والانتفاع [illegible] به ولنا قوله
تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم هذه الاية
ناسخة لتلك الاية لانها في سورة براءة وهي اخر سورة انزلت كذا روى البخاري في الصحيح
عن البراء رضي الله عنه فكانت ناسخة لما قبلها فلما كانت الاية الاولى منسوخة
لا يجوز ان يكون حكم الاسارى من القتل او الاسترقاق الا الاسلام ولان
في رد الاسير عليهم اعانة لهم على المعصية حيث يعود الاسير حربا علينا فلا
يجوز ذلك كرد سلاحهم ودفع شره خير من استخلاص المسلم لانهم لو عذبوه كان
ابتلي في حقه [illegible] فاما اذا [illegible] هو يكون شر ضرار به
الواقع [illegible] الينا بطريق التسبيب والجواب عن الحديث الذي احتجابه
فنقول ذلك منسوخ بدليل الخبر عمران بن حصين في شرح الآثار ايضا مفسرا
ان النبي صلى الله عليه [illegible] ذلك [illegible] الاسلام وقد [illegible] احد
من اهل الاسلام الى الكفار بقوله تعالى فلا ترجعوهن الى الكفار اعلم ان جواز
المفاداة بالاسارى [illegible] قبل القسمة او بعد القسمة والاحرار [illegible]
الاسلام فقال ابو يوسف لا يجوز وقال محمد يجوز كذا ذكره القدوري في شرحه
قول محمد ان اعادة المسلم الملتزم احكام الاسلام اولى من امساك هذا المسلم
الاسلام وجه قول ابي يوسف ان القتل سقط عنه بعد القسمة واستحق
الرق [illegible] من اهل دارنا لم تجز المفاداة به كما لم تجز [illegible] اهل دارنا من الذمي او
المسلم [illegible] الذي ذكرناه في مفاداة اسير في ايدينا باسير مسلم في ايديهم اما
المفاداة بالمال فلا تجوز في المشهور من اصحابنا انما لا تجوز كيلا يعود حربا
علينا ويؤيده قوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما اخذتم عذاب عظيم
فقال رسول الله صلى الله عليه لو نزل العذاب ما نجا منه الا عمر رضي الله عنه
كان

كان يشير بالقتل وقال تعالى وان ياتوكم اسارى تفادوهم وهو محرم عليكم
اخراجهم نص انه حرام وروي عن محمد في السير الكبير لا باس به اذا كان
بالمسلمين حاجة لان النبي صلى الله عليه وسلم فادى اسارى بدر بالاخذ [illegible]
[illegible] نزول الاية بالانكار على المفاداة وقال في شرح الطحاوي
اسارى المسلمين [illegible] الحرب [illegible] والدراهم والدنانير وما ليس فيه قوة الحرب
كالثياب وغيرها ولا يفادى بالسلاح قوله لا انه لا يفادي بان فدا الاسير
الذي اسلم في ايدينا بمسلم اسير في ايديهم لا نقيد لانه لا فائدة في تخليص المسلم
الا اذا رضي [illegible] لكن نفس الاسير المسلم وكان مامونا على اسلامه [illegible]
ينبغي ان يكون [illegible] على قولهما لان في المشهور عنه حيث لا يفادى الاسير لا
بالنفس ولا بالمال قوله قال ولا يجوز المن عليهم قال القدوري في مختصره لا
يجوز المن على الاسارى وهو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا بدون اجراء الاحكام
عليهم من القتل او الاسترقاق او تركهم ذمة للمسلمين وقال في شرح ابي نصر قال
الشافعي لا باس بذلك اذا راه الامام ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم
ولان بالاسر يثبت حق الغانمين فلا يجوز ابطال ذلك بغير عوض كسائر
الاموال المغنومة لان في ذلك معونة وتقوية للكفار على المسلمين فلا يجوز
كرد السلاح اليهم وما روي ان النبي صلى الله عليه من على بعض الاسارى فليس
بصحيح ولئن صح فهو محمول على النسخ بهذه الاية وحديث البخاري في الصحيح
ان النبي صلى الله عليه قال في اسارى بدر لو كان مطعم ابن عدي حيا ثم كلمني
في هؤلاء النتنى لتركتهم له وبهذا المقدار لا يثبت المن لان لو لامتناع الشيء
لامتناع غيره قوله واذا اراد الامام العود ومعه المواشي فلا يقدر
على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها وهذا لفظ
القدوري في مختصره وعند مالك يعقرها وعند الشافعي يتركها عند احمد لا يعقر
شاة ولا دابة الا للاكل لاحمد والشافعي ما روي انه عليه السلام نهى عن ذبح الحيوان

الا الماكول وجه قول مالك ايضا ان في ذلك اغاظة للعدو فيما لا ينتفع به الكفار ولنا ان
اكل حيوانهم يجوز لغرض صحيح فكذا اتلافه لغرض صحيح والاتلاف عرض صحيح
[illegible] والغيظ بالاصل وكسر شوكتهم فيذبح ويحرق ليقطع الحق وبعد الذبح قليلا
ينتفعون به اصلا لانهم ينتفعون بالميتة [illegible] ان ينتفعوا بالمذبوح وقطع مجرم
وافساد زرعهم وتخريب بنيانهم يجوز فكذا احراق حيوانهم بعد الذبح والجامع
قطع المنفعة عنهم ودفع الضرر عن المسلمين بازالة ما به تحصل قوتهم وشوكتهم
وانما لا تحرق قبل الذبح لما روي في السنن ان النبي صلى الله عليه انه قال
لا يعذب بالنار الا رب النار فيما قال [illegible] مالك مثله وهو حرام مع تبقية المنفعة
للكفار وكذا فيما قال الشافعي والمواشي جمع ماشية وهي الابل والبقر والغنم والما
كلة بضم الكاف وفتحها بمعنى **قوله** ويحرق الاسلحة ايضا ذكر في تتمة المسئلة
القدوري قال الحاكم في الكافي **اما** السلاح والمتاع فيحرقها بالنار اذا لم يستطع
اخراجها الى دار الاسلام وذلك لانه مامور بقطع قوة المشركين واماتة القوة
للمسلمين وقد يعجز عن الفعل او قدر على الاخر فيا بينا قدر عليه لكن هذا اذا كان
مما يحترق بالنار **اما** اذا كان لا يحترق بالنار بان كان من الحديد [illegible] يدفن لان به
قطع قوة المشركين بالسلاح انما [illegible] كذا قال في الفتاوى الولوالجي
وفيه ايضا ويترك النساء والصبيان في ارض خربة حتى يموتوا جوعا
كيلا يعودوا حربا علينا لان النساء ينفع بهن النسل واما الصبيان فانهم يبلغون
فيصيرون حربا علينا **قوله** ولا يقسم الغنيمة في دار الحرب حتى يخرجها الى دار
الاسلام وهذا لفظ القدوري في مختصره **قال** الحاكم الشهيد في الكافي ولا يقسموا
الغنيمة في دار الحرب حتى يخرجوها الى دار الاسلام ويحرزوها وان قسمها جاز في
قال ابو يوسف ان لم يجد الامام لها حمولة يحملها عليها فليقسمها في دار الحرب
الى هنا لفظه وقال في كفاية البيهقي وينبغي للامام ان لا يقسم الغنيمة قبل الاحراز
بدار الاسلام وعن ابي يوسف الاحب ان لا يقسم في دار الحرب وعند الشافعي
لا باس

لا باس ولهذا قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن ابي يوسف سالت ابا
حنيفة عن الغنيمة يغنمها المسلمون في دار الحرب من المشركين كيف تقسم
وهل يقسم في دار الحرب او بعد ما اخرجوها الى دار الاسلام فقال اذا اصاب
المسلمون غنيمة فانه لا ينبغي ان يقسم في دار الحرب دون المسلمين لم يحرزوها
واحرازها ان يخرجها الى دار الاسلام وقال ابو يوسف ان قسمت في دار الحرب
جاز وان لم يقسموها حتى يخرجوها الى دار الاسلام فهو احب الي وقال علاء الدين
العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا قسمة الغنائم في دار الحرب لا تجوز
وقال الشافعي تجوز والاصل في المسئلة ان الملك للغزاة بعد استقرار الهزيمة
قبل الاحراز بدار الاسلام لا يثبت عندنا وقال الشافعي في احد قوليه يثبت
الملك بنفس الاخذ وفي قوله الاخر بعد الفراغ من القتال وانهزام العدو وذكر
قوليه في التحفة وعلى هذا الاصل يبتني مسائل **منها** جواز القسمة بدار الحرب
عنده وعدم جوازها عندنا **ومنها** لو مات واحد من الغزاة قبل الاحراز لا
يورث نصيبه عندنا خلافا له **ومنها** لو لحقهم المدد بعد الهزيمة قبل الاحراز يشاركهم
المدد عندنا في القسمة خلافا له **ومنها** ما قال في التحفة ان الامام اذا باع شيئا من
الغنائم لا لحاجة الغزاة او باع واحد من الغزاة لا يصح عندنا خلافا له **ومنها**
لو استولد واحد جارية من المغنم فولدت ولدا فادعاه ثبت نسبه منه وتصير
الجارية ام ولد له وعندنا لا يثبت وتجب العقر ولا يجب الحد لوجود سبب الملك
ويقسم الجارية والولد والعقر بين الغانمين ذكره في المختلف **ومنها** لو اتلف
واحد من الغنم شيئا قبل الاحراز لا يضمن عندنا كذا في التحفة وجه قول الشافعي
ان سبب ملك اموال الكفار هو القهر والاستيلاء وقد تم الاستيلاء بعد استقرار
الهزيمة على ما مر فيثبت الملك مشتركا بين الغانمين كما لو احتطبوا حطبا
فيجب القسمة ويثبت الارث ولا يشركه المدد لانه حينئذ يلزم الاستغنام من
للمسلمين فلا تجوز ولنا ما روي ان النبي صلى الله عليه قسم غنائم خيبر واوطاس

وبني المصطلق في ديارهم ولنا ان الملك انما يثبت لهم بالاستيلا التام ولهذا لا يثبت
في فور الهزيمة والاستيلاء التام قبل الاحراز لم يوجد لان الغانمين وان كانوا قاهرين
يدا مقهورون دارا فلم يتم السبب فلا يثبت الملك لان الدار في ايديهم معنى حيث ما اجريت
على اهلها احكام الاسلام بخلاف ما اذا فتحت البلدة او اجريت فيها احكامها
حيث تصير دار الاسلام فيجوز القسمة حينيذ لانه تم الاستيلا والقهر يدا ودارا والمراد
من الاستيلاء التام القدرة على الانتفاع في الحال والادخار الى الزمان الثاني
لدفع الحاجة المهلكة فان قلت لا نسلم ان الملك لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام
الا ترى ان عبدا منهم لو خرج مراغما لمولاه والتحق بعسكر المسلمين عتق ولو ان
المراة اذا خرجت مراغمة لزوجها والتحقت بعسكرنا تبين من زوجها فلولا ان
يد الكفار يزول ويثبت يد الغزاة لما وقع العتق والبينونة قلت ذلك
بثبوت اليد ظاهرا ايضا بخلاف القياس قال عليه السلام في عبيد الطايف هم عتقا
الله فاذا زال ملك اليمين وهو الاقوى ثبت ملك النكاح وهو الادنى بالطريق الاولى
والجواب عن قسمة رسول الله صلى الله عليه بدارهم نقول قال محمد الحسن قسم رسول
الله غنايم بدر بالمدينة وغنايم خيبر بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت اول حدود الاسلام
وقسم غنايم خيبر دار طاس وفي المصطلق بعد الفتح واجرا احكام الاسلام فيها
فصارت دار الاسلام كذا ذكر صاحب الاسرار وغيره فان قلت لا نسلم اذا قسم الامام
جاز وهذا دليل الملك قلت لا نسلم جوازها على الاطلاق وانما يجوز اذا قسم واجتهد وراى راي
الشافعي اما اذا قسم جزافا او اجتهد وراى خلاف ذلك لا يجوز لان قضا الحاكم في مجتهد فيه
انما يجوز اذا راى ذلك فاذا لم ير ذلك وقضا خلاف رايه لا يجوز كذا ذكر العالم في طريقة
الخلاف والباقي يعلم ثم **قوله** علة من المسايل التي ذكرناها في الكفاية والمسايل مر ذكرها
انفا والكفاية اراد بها كفاية البيهقي المنتهي وهي مقصودة في ديارنا وديار العراق
والشام ومصر وسالت فيها منيا حال الامصر عنها فقال ما عند اهل اليمن حس
بذلك فلا ادري هل هي موجودة بدار الهند والمغرب ام لا **قوله** والقسمة مع معنى
لان البيع

لان البيع مبادلة وفي القسمة كذلك لان احد الشركا لما اجتمع نصيبه في البعض كان ذلك بدلا
عن نصيبه في الباقي **قوله** اثبات اليد الحافظة والناقلة والحافظة هي التي يثبت بها
حفظ العين والناقلة هي التي ينقل العين من شخص الى شخص وهي في مسلتنا منعدمة
لان الكفار قاهرون بالدار معنى لان الدار في ايديهم فاذا وزع الاستنقاذ اي الاستخلاص
ظاهرا لمساعدة اهل الدار **قوله** ووجوده بالجر عطفا على قوله لقيام ايديهم اي ولوجود
الاستنقاذ **قوله** ثم قيل موضع الخلاف يعني اختلفوا في المراد بقوله ولا يقسم غنيمة
في دار الحرب قال بعض المشايخ المراد منه عدم جواز القسمة حتى لا يثبت الاحكام
المترتبة على القسمة كما سار الملك عن ملك الغير او مبادلة الملك بملكه على وجه يظهر
اثره في حل الوطي ونفاذ البيع والهبة وغير ذلك وقال بعضهم المراد منه الكراهة بدونه
اي بدون الملك قال صاحب الهداية وهي كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول ابي حنيفة
وابي يوسف لا تجوز القسمة في دار الحرب وعند محمد الا فضل ان يقسم في دار الاسلام وذكر
الخلاف وهذا باطل لانه لا خلاف في الظاهر عن اصحابنا وهو المشهور عنهم وانما
الخلاف فيما يروى عن ابي يوسف لا عن محمد وقدمر ذلك لا ومعنى الكراهة ان
الاولى ان لا يفعل ولو فعل استحق ضربا من اللوم **قوله** قال وجه الكراهة
ان دليل البطلان راجح الا انه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ابواب الكراهة
يعني ان دليل بطلان القسمة راجح على دليل جوازها لعدم تمام الاستيلا الا انه
لم يثبت نفي الجواز بالاتفاق ولان عند الشافعي تجوز مطلقا وعندنا تجوز اذا
احتاج الغزاة الى الثياب والدابة ونحو ذلك وتجوز ايضا اذا قسم الامام عن
اجتهاد فيثبت الكراهة لانه لا يلزم من نفي الجواز نفي الكراهة كما في سور الهرة
لما انتفى النجاسة لم ينتف الكراهة **قوله** والردء والمقاتل في العسكر سواء اي
قال القدوري في مختصره يعني ان الردء وهو العون والمقاتل وهو المباشر
للقتال مع الكفار سواء في الاستحقاق الغنيمة لاستوايهم في سبب الاستحقاق
وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا او شهود الوقعة عند الشافعي في قوله

السبب هذا اذ تلك تجب وسيجي بعونه تعالى في فصل كيفية القسمة عند قوله ومن
دخل راجلا فاشترى فرسا والوقعه صدمة الحرب كذا في الجمل اللغة **قوله** واذا
لحقهم المدد في دار الحرب قبل ان تخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم
فيها وهذا لفظ القدوري في مختصره اي شارك المدد العسكر في الغنيمة
وانما اسند الفعل الى ضمير الجماعة لان المدد يقع على الجماعة قال في شرح ابي
نصر قال الشافعي اذا لحقوا بعد نقض الحرب وجمع الغنايم لم يشركوهم واذا لحقوا بعد
نقض الحرب وقبل احراز الغنايم ففيه قولان وهذا بنا على ما بينا قبل هذا في مسئله
قسمة الغنيمة في دار الحرب قبل الاحراز بدار الاسلام ان الملك هل يثبت لهم
ام لا فعندنا لا يثبت فلما كان كذلك تشركهم المدد وعنده يثبت فلا يشركهم المدد
لتمام الملك للغانمين قبل لحاق المدد وعندنا ولا يتم الاستيلا فلا يثبت الملك ولا
ينقطع حق المدد عن القسمة الا باحد اشيا ثلاثة وهي الاحراز بدار الاسلام والقسمة
بدار الحرب قبل لحاق المدد وبيع الامام الغنيمة قبل لحاق المدد لان بكل واحد منها يتقرر
ملك الغزاة فلا يشركهم غيرهم **قوله** قال ولا حق لاهل سوق العسكر في القسمة الا ان
يقاتلوا اي قال القدوري في مختصره قال في شرح ابي نصر قال الشافعي في احد قوليه
يسهم وقوله الاخر مثل قولنا له ما روي في سنن الاثار عن عمر رضي الله عنه انه قال
ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ولنا ان سبب الاستحقاق في الغنيمة لم يوجد فلا يثبت الاستحقاق
فلا يكون لهم حق في الغنيمة وهذا لان السبب المجاوزة الدرب بنية القتال كما هو مذهبنا
او شهود الوقعة بنية القتال كما هو مذهب الشافعي الا يرى ان الاجير لسيا سل الدواب
لا يستحقون اذا لم يقاتل بالاتفاق ولان نية القتال لم يوجد فلم يعتبر السبب الظاهر
الذي اقيم مقام الامر الخفي وهو القتال اعتبر السبب الحقيقي وهو القتال
من التاجر استحق السهم لوجود السبب والا فلا لعدمه وانما قلنا ان القتال امر
خفي لان الامام لا يمكنه الوقوف على كل احد انه قاتل ام لا **قوله** وما رواه موقوف على
عمر رض يعني قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة فاذا كان موقوفا عليه يكون ذلك كلام
الصحابي

الصحابي وتقليد الصحابي ليس بحجة عنده فكيف تحتج بما ليس بحجة عنده علينا على
ان عند بعض اصحابنا ايضا وهو الشيخ ابو الحسن الكرخي لا يجوز تقليده فيما
يدرك بالقياس لئن صح رفعه الى النبي صلى الله عليه او كان تقليده واجبا
على قول البردعي من اصحابنا فنقول المراد منه شهود الوقعة بنية القتال
بدليل ان الكافر اذا شهد الوقعة ولم يقاتل فلا حق له وكذا التاجر اذا لم يقاتل
كالحارس بموضع الحرب وكالنظارة **قوله** ان يشهدها اي ان يشهد الوقعة **قوله**
وان لم يكن للامام حمولة تحمل عليها الغنايم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها
الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها وهذا لفظ القدوري في مختصره **اعلم**
ان الغنيمة اذا كانت فيها فضل حمولة تحملها الامام عليها وان لم يكن يقسمها لانه
اذا لم يقسمها احتاج الى تركها في دار الحرب فسقط حق الغانمين عنها ثم اذا
قسمها قال بعض مشايخنا يكون ذلك قسمة تمليك لان الامام اذا قسم عن اجتهاد يجوز
وهو قبل ذلك قبل هذا وقال بعضهم يكون قسمة حمل اعني قسمها على الغزاة
ليحملوها الى دار الاسلام لا ليتملكوها ويكون المحمول عند الحامل وديعة يسترده
الامام في دار الاسلام فيقسمها بينهم ثم هل يكرههم الامام على الحمل ام لا
قال في السير يكرههم على ذلك الكرة باجارة وهو اختيار القدوري في مختصره — الكبير
لان فيه دفع الضرر العام بالخاص ولان منفعته عايدة اليهم فلهذا يفعل ذلك
لحقهم فصار كما لو اضطر الى تناول طعام الغير حيث يتناولها بالقيمة وقال في
السير الصغير لا يكرههم عليه لعدم حل الانتفاع بمال الغير لا بطيبة من نفسه فيكون
هذا جبرا على الاجارة ابتداء فلا يجوز كما اذا نفقت دابة انسان في دار الاسلام
كان مع اخر فضل دابة ليس له ان يحمل عليها باجر المثل بلا رضاه فكذا هنا والحمولة
بفتح الحا ما يحمل عليه من بعير او فرس او بغل او حمار **قوله** في المختصر اي مختصر
القدوري لانه ابتدا اجارة احتراز عن اجارة في حالة البقا حيث يجوز الجبر ثمة
باتفاق الروايات كمن استاجر سفينة شهرا فمضت المدة في وسط البحر فانه

ينعقد عليها اجارة أخرى لغير رضا المالك باجر المثل ذكره في المحيط **قوله** ولا يجوز بيع
الغنائم قبل القسمة في دار الحرب هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الملك
القسمة للغزاة لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا فلا يصح البيع فيما ليس
بمملوك وهذا هو المراد بقوله وقد بينا الاصل ومع هذا اذا باع الامام صح لانه
مجتهد فيه ذكره في شرح الطحاوي فعلم ان هذا المراد بقوله لا يجوز بيع الغنائم الكراهة
لا نفي ترتب الاحكام والكراهة ايضا فيما اذا باع لا لحاجة الغزاة واذا باع لدفع
حاجتهم فينبغي ان لا يكره لان مال اهل الحرب مباح وبالضرورة يستباح المحظور فلان
يستباح المباح اولى في ان لا كراهة مع الاباحة **قوله** ومن مات من الغانمين
في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام
فنصيبه لورثته وهذا لفظ القدوري في مختصره وعند الشافعي اذا مات بعد تقضي
الحرب فحقه لورثته والاصل فيه ما استقصيناه في مسئلة قسمة الغنيمة في
دار الحرب وذلك ان الملك لما لم يثبت للغزاة قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا لم يثبت
الارث لان الارث انتقال الملك من المورث الى الوارث فاذا لم يكن الملك لم يكن الارث
وعنده كان الملك فكان الارث **قوله** وقد بيناه اي في مسئلة قسمة الغنيمة
في دار الحرب قريبا من الورقة **قوله** ولا بأس بان يعلف العسكر في دار الحرب
ويأكلوا ما وجدوه من الطعام وهذا لفظ القدوري في مختصره اطلق الرواية ولم يقيدها
بالحاجة وهي رواية السير الكبير واختارها الكرخي في مختصره ولهذا قال ما دامت
الغنيمة في دار الحرب لا بأس لكل واحد من الجند تناول المأكول والمشروب والعلف
غنيا كان او فقيرا وتبعه القدوري وقال في السير الصغير اذا كان في الغنيمة طعام
او علف فاحتاج اليه رجل تناول منه قدر حاجته وكذلك يتناول من سلاح الغنيمة اذا
احتاج اليه للقتال ثم يرده اذا استغنى عنه ويكره له ذلك من غير حاجة الى هنا لفظ
سير الصغير قال صاحب المحيط هذا جواب القياس وما ذكره في السير الكبير جواب
الاستحسان وجه رواية السير الصغير ما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي
في شرح الآثار

في شرح الآثار مسندا الى عبد الله ابن ابي اوفى رضي الله عنه قال كنا مع رسول الله صلم
بخيبر يأتي احدنا الى الطعام من الغنيمة فيأخذ منه حاجته ولان الغنيمة مشتركة
بين الغزاة فلا تحل تناول البعض دون البعض كما في الدابة والثوب ووجه
رواية السير الكبير ما روى البخاري في الصحيح باسناده الى ابن عمر رضي الله عنهما
قال كنا نصيب في مغازينا العسل والعنب فنأكل ولا نرفعه ولان نقل الطعام
والعلف من دار الاسلام الى دار الحرب متعذر فلو امر الغازي بالنقل لوقع في حرج
وهو منتف بالنص ولو شرط التزامهم لزم الحرج ايضا لان الكفار لا يبيعون من الغزاة
تضييقا للامر عليهم ولا بد من قوت النفس وعلف الدابة فجعل التناول دفعا
للضرورة سواء كان غنيا او فقيرا فبقي الطعام والعلف بعد الاستغنام على اصل
الاباحة فصار كما قبل الاستغنام يقال علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب
اذا اطعمها العلف قال ابن دريد لا يقال اعلفها والدابة معلوفة وعليف والعلف
كل ما اعلفته الدابة **قوله** قال ارسل اي قال صاحب الهداية اطلق القدوري حكم
المسئلة عن قيد الحاجة **قوله** وقد شرطها في رواية اي شرط الحاجة في رواية
السير الصغير **قوله** في الاخرى اي في رواية الاخرى وهي رواية السير الكبير
قوله وعلف ظهره اي علف دابته قال في الفائق الظهر الراحلة وقال في المغرب
لفظ الظهر مستعار للدابة والميرة الطعام **قوله** على اصل الاباحة وذلك لان
الغنيمة في الاصل مال الحربي وهو مباح في الاصل لا عصمة له فبقي الطعام والعلف
على ذلك الاصل لعموم الحاجة الغني والفقير **قوله** والدابة مثل السلاح يعني يعتبر
فيها حقيقة الحاجة لا دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب فاذا استغنى عن
ركوبها يردها الى المغنم **قوله** والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالزيت
السمن يعني ان المراد من الطعام المذكور ما كان يصلح للاكل كالخبز واللحم وما
يستعمل في الخبز كالزيت والسمن والهما للاكل وغير الهما لا سواء ولهذا كان لهم ان يدهنوا
بها ويأكلوها ذكره الكرخي لكنهم يردون الجلد الى المغنم قال الولوالجي في فتاواه واذا

ذبحوا البقر والغنم فاكلوا اللحم ردوا الجلد الى الغنيمة لان الحاجة الى الجلود لم يقع
لازمه وقال في كفاية البيهقي لا يجوز للتجار ان ياخذوا من الطعام والعلف ويردون ان
اخذوا ولا ضمان ان استهلكوا لانه نزل على الاباحة في حق المجاهدين للحاجة و
اتباعهم كصبيانهم ونسائهم الذين معهم فاما في حق غيرهم فلا **قوله** قال ويستعملوا
الحطب اي قال القدوري في مختصره ويستعملوا الحطب ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة
وفي بعض نسخ القدوري ويستعملوا الطيب وذلك ليس بصحيح لان القدوري نفسه قال
في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب اما استعمال الحطب فتعذر النقل
من دار الاسلام كما في العلف **واما** الادهان بالدهن فالمراد منه الدهن الماكول
كالزيت لانه لما كان ماكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه الى الاكل واذا لم يكن ماكولا لا ينتفع
به بل يرده الى الغنيمة كذا ذكره القدوري في شرحه **قوله** ويوقحوا به الدابة يوقح
الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي اي رق من كثرة المشي والراحطالي في
المغرب وبنسخة الامام حافظ الدين الكبير بخط يده بالراء من الترقيح وهو المنقول
عن المصنف قال فوقفنا على المشايخ قال في الجمهرة رقح فلان عيشه ترقيحا اذا اصلحه
وانشد يترك ما رقح من عيشه يعيش فيه همج هامج والهمج من الناس الذين لا نظام
لهم وبه سمي البق همجا والهامج من كل شيء المتروك يموج بعضه في بعض **قوله** ويقاتلوا
بما يجدونه من السلاح لفظ القدوري معطوف على قوله بان يعلف العسكر قال الاسبيجابي في
شرح الطحاوي ومن ركب فرسا ولبس ثوبا او رفع سلاحا قبل القسمة فلا باس اذا
احتاج اليه فاذا فرغ من الحرب يرده الى الغنيمة ولو تلف قبل الرد فلا ضمان عليه وان
لم يكن له حاجة ولكن ركب ليصون فرسه ولبس ليصون ثيابه كره له ذلك ولا ضمان عليه اذا
تلف الى هنا لفظه **قوله** كل ذلك بلا قسمة هذا ايضا لفظ القدوري اي كل ما قلنا من علف
الدابة واكل طعام الغنيمة واستعمال الحطب والادهان بالدهن والقتال بسلاح الغنيمة
قبل قسمها **قوله** وقد بيناه اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستصحبه الى اخره
قوله ولا يجوز ان يبيعوا من ذلك شيئا ولا يتمولونه هذا لفظ القدوري في مختصره يعني اذا
اخذ العسكر

اخذ العسكر العلف لا يحل لواحد منهم واخذ الطعام ليأكلوه والحطب للاستعمال والدهن
للادهان والسلاح للقتال فلا يجوز ان يبيعوا شيئا من ذلك ولا يجوز تمولهم وهو صيانته
ذلك الى حين الى وقت الحاجة لان البيع لا يكون الا بعد ثبوت الملك ولا ملك للغزاة
قبل الاحراز فلا يبيعون ولا يتمولون لان اباحة الانتفاع لهم للحاجة وقد زالت
الحاجة فلا يبقى الاباحة لان الاباحة اذا كانت لمعنى زالت بزوال ذلك المعنى وصار
كما اذا اباح طعامه لغيره لا يجوز له ان يبيع ويتمول وهو معنى قوله كالمباح له الطعام
وقوله ولا يتمولونه عطف على قوله ولا يجوز لا على قوله ان لا يبيعوا لان ذلك عكس الغرض
اي لا يبيعون ولا يتمولون فلو كان عطفا على ان يبيعوا كان معناه اثبات التمول لان نفي النفي اثبات
فافهم فيه اشارة الى انهم لا يبيعون بالذهب او الفضة او العروض لانه في معنى التمول
ولا حاجة لهم الى ذلك فان باعوا ردوا الثمن الى الغنيمة لانه عوض عن مشترك بين الغانمين
واما الثياب والمتاع والدواب فقال في السير الصغير يكره الانتفاع بها قبل
القسمة فان احتاجوا الى ذلك قسم الامام عليهم في دار الحرب وان لم يحتاجوا الى ذلك
كره القسمة في دار الحرب وان احتاج اليها حاجة يخاف على نفسه منها فلا باس
بلبسها قبل القسمة ايضا هذا لفظ السير وهذا لان القسمة في دار الحرب وان كانت
مكروهة استبيح لان الحرام يستباح لدفع الضرر فلان يستباح المكروه اولى **قوله** وهذا
لان حق المدد محتمل جواب سوال مقدر بان يقال كيف جازت القسمة وفيها قطع حق الغير
وهو المدد لان المدد اذا الحقهم يشركهم فقال حق المدد محتمل وحق العسكر متيقن ولا اعتبار
للاحتمال مع وجود اليقين فكان اليقين اولى بالرعاية **قوله** ولم يذكر القسمة في السلاح
الى ان لم يذكر محمد في السير قسمة السلاح اذا احتاجوا الى ذلك ولا فرق بين السلاح وبين الثياب
والمتاع والدواب في الحقيقة في جواز القسمة عند الحاجة لان المجوز للقسمة هو الحاجة
وقد وجدت في الفصلين اعني في فصل السلاح وفصل الثياب والمتاع والدواب **قوله**
فانه اذا احتاج واحد اي فان الشان اذا احتاج واحد من الغزاة يباح لذلك الواحد
الانتفاع في الفصلين المذكورين واذا احتاج الكل يقسم فيهما جميعا **قوله** بخلاف ما اذا

اختاجوا الى السبي حيث لا يقسم لانه من فضول الحوائج لا من اصولها قال في الشامل في قسم المبسوط ولا يقسم السبي وان احتيج اليه قبل الاحراز لانه لا يقع حاجة الاحيا اليه وبيعهم لانه لا يملكهم قبل الاحراز فان ارادوا قتل السبي منهم لان في الاركان اعوازا وهم اهل الصغار اي الذل فان يطيقوه وليس معهم فضل حمولة ولم تطب نفس من معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النسا والصبيان لان النبي صلى الله عليه قتل رجال قريظة ولم يقتل النسا والصبيان ولان الرجال اهل القتال فيقتلهم هذا اللفظ وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمولة في روايتان ذكرناها مرة عند قوله وان لم يكن للامام حمولة

قوله قال ومن اسلم منهم اي قال القدوري في مختصره ومن اسلم منهم احرز باسلامه نفسه واولاده الصغار وكل مال هو في يده او وديعة في يد مسلم او ذمي الى هنا لفظه هذه المسئلة على ثلثة فصول احدها ان يسلم في دار الحرب ثم تخرج الينا **والثاني** ان يسلم ولا تخرج الينا فبعد ذلك اذا غلب المسلمون على دارهم فكل ما كان في يده من المنقولات من الثياب والدراهم والدنانير والعبيد والجواري فهو له لانه بالاسلام احرز نفسه وماله لقوله عليه السلام فاذا قالوها عصموا مني دماهم واموالهم وقال محمد في السير الكبير حدثنا المعلى قال حدثنا ابن لهيعة قال حدثني ابو الاسود عن عروة بن الزبير ان رسول الله صلى الله عليه قال من اسلم على شي فهو له الا اذا كان من العبيد من يقاتل فانه في لانه لما قاتل خرج من يد مولاه فصار تابعا للدار واولاده الصغار لا يكونون فيا لانهم صاروا مسلمين تبعا لابيهم فصاروا احرارا واولاده الكبار في لانهم على دين انفسهم فلا يكونون تبعا لابيهم وكذلك زوجته في لانها لا يعتبر مسلمة باسلام الزوج وكذلك الحمل في لان الحمل جزء من اجزائها فيتبعها في الرق وان كان يعتبر مسلما لان الولد يتبع خير الابوين دينا واموال التي اودعها مسلما او ذميا له فلا يكون فيا لانها محرزة بيد نايبه وهي يد صحيحة محترمة فقامت مقام يده فلو كانت الاموال في يده لا يكون فيا فكذا هنا ولو كانت اموال بالغصب عند مسلم او ذمي او عند حربي بالغصب او بالوديعة فيكون فيا لان يد الغصب ليست بصحيحة ويد الحربي ليست محترمة وعند ابي يوسف ومحمد لا يكون فيا الا ما غصبه

الحربي

الحربي لقوله عليه السلام عصموا مني دماءهم واموالهم واليه ذهب الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير الا ان الحربي ملك المال بالغصب لان دار الحرب دار القهر والغلبة فلم يبق المال معصوما فصار فيا **واما** العقار فانه يصير فيا عندنا كذا ذكر في شروح الجامع الصغير ولم يذكروا فيه خلافا بين اصحابنا وليس في الاصل ايضا ذكر الخلاف الا ان الفقيه ابا الليث قال في شرحه للجامع الصغير قال ابو يوسف في الامالي لا يصير فيا وهو قول الشافعي بظاهر الخبر وذكر القدوري في شرحه والشيخ ابو نصر والبيهقي في كفايته ان العقار في عند ابي حنيفة لان اليد على العقار لا يثبت عنده ثبوتا صحيحا فاذا كان كذلك كان العقار تابعا للدار محفوظا بيد سلطانهم والبيع لا يفارق الاصل وعندهما لا يصير فيا لان اليد يثبت على العقار ثبوتا صحيحا فكان كساير الاموال **وقال** في شرح الطحاوي ما كان غير منقول مثل الدار والعقار والزرع اذا كان غير محصود عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد المنقول وغير المنقول سوا **والفصل الثالث** ان يسلم الحربي بعدما دخل دار الاسلام ثم ظهر على دارهم فالجواب فيه ان كل ذلك في لان تباين الدارين قاطع للعصمة فاذا ثبت الاستيلا على مال غير معصوم كان فيا الا ترى الى قوله تعالى للفقرا المهاجرين الذين اخرجوا من ديارهم واموالهم سماهم فقرا مع انهم خلفوا اموالا في دار الحرب فدل على زوال ملكهم لان الفقير عديم الملك لا من هو بعيد عن الملك ولهذا كان ابن السبيل في كتاب الله غير الفقير وذكر الفقيه ابو الليث فيه خلاف الشافعي لظاهر المذكور فان قلت ينبغي ان لا يكون فيا ما كان وديعة له عند المسلم او ذمي لان يد المودع كيد المودع فكان في يده تقديرا وان لم يكن حقيقة قلت سلمنا ان يده كيده لكن حين خرج الينا وتباين الدار كان حربيا ومال الحربي غير معصوم ثم لما اسلم عندنا لم يثبت الاحراز لتباين الدارين فلم يثبت يده على المال لا حقيقة ولا تقديرا وبدون الاحراز لا يثبت العصمة لان المال المعصوم هو الذي احرزه المسلم او الذمي ولم يوجد

قوله معناه في دار الحرب يعني معنى قوله من اسلم منهم اي اسلم في دار الحرب لانه اذا اسلم في دار الاسلام يكون كل ماله في دار الحرب فيا وقد مر انفا **قوله** لان الاسلام ينافي ابتدا الاسترقاق احترز به عن الاسترقاق بقاء لان الاسلام لا ينافيه وهذا

لان الرق جزاء الكفر الاصلي فانهم لما استنكفوا ان يكونوا عبيد الله تعالى جازاهم الله بان
يكونوا عبيد عبيده بخلاف الرق حالة البقا فانه صار من الامور الحكمية **قوله** والاولاد
الصغار بالنصب عطفا على قوله نفسه وكذا قوله وكل مال بالنصب ايضا عطفا على
قوله نفسه والضمير في قوله سبقت يده اليه من اسلم وفي اليه وعليه الى المال **قوله** في يد صحيحة
احتراز عن يد الغاصب محترمة احتراز عن يد الحربي **قوله** فان ظهرنا على الدار فعقاره في
يقال ظهرت عليه اذا غلبت عليه **قال** المجد العقار ضيعة الرجل **قوله** وقيل هذا قول
ابي حنيفة وابي يوسف الاخراني قول القدوري عقاره في قولها وانما **قال** قيل لان الظاهر
عن اصحابنا وقد مر بيانه **قوله** والمسلم محل للتملك جواب لقول الشافعي ان الحمل مسلم تبعا
لاسه فلا يسترق بجعله فيئا فقال المسلم محل للتملك تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم امة الغير يكون
الولد مسلما رقيقا بخلاف ما اذا كان الولد منفصلا عن الام حين اسلم ابوه الحربي حيث لم يجعل
تبعا للام لانعدام الجزئية **قوله** ومن قاتل من عبيده في هذا لفظ الجامع الصغير قد مر تاه قال
فخر الاسلام البزدوي يحتمل ان يكون هذا بالاتفاق عندنا كالعقار ويحتمل ان يكون
مثل ساير المنقولات ثم قال والاول اصح قال الاصل ومن قاتل من كبار عبيده فهو في قيد بالكبير لم
نقف عليه في الجامع الصغير وكانه اراد بالكبار من لهم قدرة القتال فلا فرق اذن بين الروايتين لان
من قاتل قادر على القتال صغيرا كان او كبيرا **قوله** ومن كان غصبا في يد مسلم او ذمي فهو في عند ابي حنيفة
وقال محمد لا يكون فيئا وفي بعض نسخ الهداية وقالا لا يكون فيئا وليس ذلك بصحيح بدليل قول صاحب
الهداية كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير حيث لم يذكر فيه قول ابي يوسف وانما ذكر قول ابي يوسف في
شروح الجامع الصغير لكن مع محمد فعلم بهذا ان ما ثبت في بعض نسخ الهداية بقوله وذكر وا في شروح
الجامع الصغير قول ابي يوسف مع قول ابي حنيفة ليس بصحيح ايضا لان قول ابي يوسف مع محمد في
شروح الجامع الصغير لا مع ابي حنيفة فاذا فكن ذريه **قوله** وله انه مال مباح فيملك بالاستيلا
يعني ان المال الذي غصبه المسلم او الذمي من الحربي الذي اسلم مال مباح لانه ليس بمعصوم لعدم الاحراز
حقيقة وحكما اما حقيقة فظاهر واما حكما فلانه ليس في يد نائبه لانه في يد الغاصب فلما لم يكن
معصوما كان مباحا والمباح يملك بالاستيلا فكان فيئا للغزاة **قوله** والنفس لم تصر معصومة بالاسلام
فيتبعها ماله جواب عن قولهما ان المال تابع للنفس وقد صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها اي
في العصمة

في العصمة فقال الانسان ان النفس معصومة بالاسلام الا ترى انا اتفقنا ان العصمة
المقومة لا يثبت الا بدار الاسلام ولهذا اذا قتله مسلم عمدا او خطا لا يجب القصاص ولا
الدية عندنا خلافا للشافعي ولئن سلمنا انها معصومة بالعصمة المؤثمة فنقول لا يلزم
من عصمة النفس عصمة المال لان المال خلق في الاصل مباح التعرض والنفس خلقت محرمة
التعرض فافترقا وهذا لقوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا واللام للتمليك فلا يجوز
ان يكون قابلا للاستيلا مملوكا ما كان مالكا محرم التعرض لكن اباحة التعرض بالقتل لدفع
الشر فاندفع الشر بالاسلام **قوله** لانه خلق عرضة للامتهان قال في الجمهرة جعلت
فلانا عرضة فكذا وكذا اي نصبته له والامتهان الابتذال **قوله** واذا خرج المسلمون من
دار الحرب لم يجز ان يعلفوا من الغنيمة ولا ياكلوا منها وهذا لفظ القدوري في مختصره وذ
ذلك لان اباحة التناول من العلف والطعام لمعنى الحاجة فلما زال المعنى بعد الاخراج الى
دار الاسلام ارتفعت الاباحة ولان حق المسلمين قد تاكد وتقرر بدليل ان من مات في هذه
الحالة يورث نصيبه فلما تاكد حق الغزاة لم يجز التناول للبعض دون البعض **قوله**
ولا ياكلوا اي ولان ياكلوا يعني ولا يجوز ان ياكلوا وجايز ان يكون لمعنى النهي ايضا **قوله**
ومن فضل معه علف او طعام رده الى الغنيمة هذا لفظ القدوري في مختصره قال
صاحب الهداية معناه اذا لم تقسم اي معنى قوله رده الى الغنيمة فيما اذا لم تقسم الغنيمة
لانه اذا قسمت لا سبيل الى الرد وسيجي بيانه الساعة قال الخ وخيرهم لو فضل منه شي بعد
الدخول الى دار الاسلام ماله قيمة رد على المغنم وان كان قليلا لا يوجهان هذا الفقطة
اعلم ان الغزاة نصرهم الله اذا اخرجوا الى دار الاسلام فكل من في يده شي من العلف او الطعام
رده الى الغنيمة ان لم يقسم سوا كان غنيا او فقيرا لما قلنا قبيل هذا وان قسمت فالغني
يتصدق بعينه او بقيمته ان كان انتفع به لانه تعذر الرد على جماعة الغانمين فصار
كاللقطة اذا لم يعرف صاحبها والفقير ينتفع به ان كان قايما وان كان انتفع به فلا شي عليه
لان القيمة ياخذ حكم الاصل فللفقير ان ينتفع بالاصل فكذا بالقيمة **قوله** لا يرد اعتبارا
بالمتلصص كما اذا دخل الواحد او الاثنان دار الحرب بلا اذن الامام بنية الغارة فنالوا

شيا، فلا يلون للمشترك بين الغانمين لانه مباح سبقت يده اليه ولا يخمس لانه ليس
بغنيمة لعدم الاخذ على سبيل القهر والغلبة فكذا هنا وجوابه ظاهر لان المتلصص
احق بالماخوذ قبل الاحراز وبعده من ساير الغانمين وفي المقيس ليس الذي عنده
فضل العلف والطعام بعد الاحراز بدار الاسلام باحق من ساير الغانمين قوله ان
كانوا محاويج قال المغرب المحاويج المحتاجون يقال حاج يحوج حوجا بمعنى احتاج و
الحاجة والحوجا والحاجة بمعنى واحد على هذه اللغة قيل حوايج في جمع حاجة كذا نقل
ابن دريد عن الاصمعي والحاج جمع حاجة ولم يذكر المحاويج ابن دريد وكانها جمع محوج
اسم فاعل باشباع اليا، لان احوج جاء لازما ومتعديا يقال احوج الرجل اذا احتاج
واحوجه اليه غيره قوله يتصدقوا به اي بما فضل من العلف والطعام يعني بعينه ان كان
باقيا قوله لتعذر الرد على الغانمين لانهم تفرقوا شغر بغر قوله لقيام القيمة مقام
الاصل واخذ حكمه اي بالاخذ حكم الاصل من بيانه انفا

فصل في كيفية القسمة

لما فرغ عن احكام الغنيمة شرع في كيفية قسمتها قال في الايضاح القسمة عبارة عن
جمع النصب الشايعة في مكان معين وقال بعض اهل الحساب تفريق احد العددين
بقدر ما في العدد الاخر من الاحاد يعني تفريق المال المقسوم على عدد احاد المقسوم
عليه وهذا الاول الايضاح والصحيح ان يقال معرفة نصيب الواحد وقد عرفت
موضعه قوله قال ويقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه ويقسم اربعة الاخماس بين الغانمين والاصل فيه قوله تعالى واعلموا انما
غنمتم من شي فان لله خمسه بيانه ان الله تعالى اضاف الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة
لقوله غنمتم ثم اخرج منها الخمس بقوله فان لله خمسه فيكون اربعة الاخماس بعد
اخراج الخمس لهم ولان النبي صلى الله عليه قسم اربعة الاخماس بين الغانمين ولان
اربعة الاخماس للغانمين اجماعا فيقسم بينهم قوله استثني سمي اخراج الخمس من
الغنيمة استثنا لوجود معنى الاستثنا وهو الاخراج قوله ثم للفارس سهمان
وللراجل سهم عند ابي حنيفة وقالا للفارس ثلاثة اسهم وهذا لفظ القدوري الا
انه

انه لم يذكر لفظ في مختصره ثم قيل قوله للفارس وقول الشافعي كقولهما كذا في وجيزهم
لهما ما روي في السنن وغيره مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه
اسهم لرجل ولفرسه ثلثة اسهم سهما له وسهمين لفرسه ولانه روي ان رسول
الله صلى الله عليه قسم غنايم خيبر على ثمانية عشر سهما وكان الرجال الفا و
اربعماية والخيل مايتين فيكون لكل ماية من الرجل سهم ولكل ماية من الخيل
سهمان ولان زيادة استحقاق الفارس لزيادة غنايه على غنا الرجال
وللراجل غنا ثبات الدفع وهذا يوجد في الفارس ايضا وفي الفارس نوع الغنا
الكر والفر فيكون غناوه ثلاثة امثال الراجل فيستحق السهم على حسب ذلك ولابي
حنيفة ما روي في السنن ايضا مسندا الى مجمع بن جارية الانصاري ان رسول الله صلى
الله عليه قسم خيبر على ثمانية عشر سهما وكان الجيش الفا وخمسماية فيهم ثلثماية فارس
فاعطى الفارس سهمين واعطى الراجل سهما وروي محمد بن الحسن في المبسوط عن ابن عباس
ان رسول الله صلى الله عليه قسم للفارس سهمين وللراجل سهما يوم بدر قال المعتمر بن
سليمان كنا نسمع لم يكن في اصحاب بدر فارس غير الاثنين مصعب بن عمير والمقداد
بن اسود ولان الفرس تابع للرجل فبعيد ان يزاد سهمه على سهم الرجل ولان المعتبر بعين
الغنا لا زيادة الغنا، الا ترى ان الشاكي السلاح والاعزل سوا في الاستحقاق ولان
الفرس ليس بمستحق في نفسه بل المستحق منه ما كان لاجل الكر فكانا نوعا واحدا
فكان غنا الفارس مثلي غنا الراجل ولان زيادة الغنا امر خفي فيعتبر السبب الظاهر وهذا
لان الزيادة انما يظهر عند الصدمة وفي تلك الحالة كل واحد مشغول بنفسه فلا يظهر الزيادة
وسبب الغنا في الفارس نفسه وفرسه فيعطى سهمين وفي الراجل نفسه فيعطى سهما
والجواب عن سهام الخيبر فنقول المراد من الرجال الرجالة كما في قوله تعالى يأتوك
رجالا ومن الخيل الفرسان ومنه ما روي في الحديث يا خيل الله اركبي قوله بالغنا
اي بالكفاية وهو بالفتح والمد قوله للكر والفر والكر الرجوع بعد الفرار والفرار
قال امرو القيس مكر مفر مقبل مدبر معا كجلمود صخر حطه السيل من عل قوله

تعارضت روايتاه اي روايتا ابن عمر رضي الله عنهما قال الكرخي في مختصره حدثنا
الجوزي قال حدثنا حسين الزعفراني قال حدثنا ابو معوية قال حدثنا عبيد
الله عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه اسهم للراجل ولفرسه ثلثة
اسهم سهما له وسهمين لفرسه وحدثنا الهروي قال حدثنا محمد قال حدثنا المعلى عن محمد بن
الحسن عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر ان رسول الله صلى الله عليه قسم للفارس
سهمين وللراجل سهما قال محمد بن شجاع فهذا خلاف ذلك لانه اذا قسم للفارس سهمين جعل
سهما له وسهما لفرسه **قوله** ترجح رواية غيره اي سلم رواية ابن عباس عن المعارض
فيعمل بها **قوله** ولان الكر والفر من جنس واحد بيانه انفا **قوله** فكان استحقاقه
على ضعفه اي استحقاق الفارس على ضعف استحقاق الراجل **قوله** ولا يسهم
الا لفرس واحد وقال ابو يوسف يسهم لفرسين ولم يذكر القدوري في مختصره خلاف
ابي يوسف ولهذا قال في شرح الاقطع وهذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وزفر ومحمد
والحسن فاما قال ابو يوسف يسهم لفرسين وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر
الطحاوي وروي اصحاب الاملا عن ابي يوسف انه يسهم لفرسين ولا يسهم لاكثر منهما
وقال في شرح الطحاوي ولا يسهم الا لفرس واحد في ظاهر الرواية وعن ابي يوسف
انه قال يسهم لفرسين فيعطي خمسة اسهم سهم له واربعة اسهم لفرسيه **وقال الشافعي**
لو احضر فرسين لم يعط الا لاحدهما الا بزيادة حيرهم **وجه** ما روي عن ابي يوسف
ان النبي صلى الله عليه اسهم لزبير ابن العوام يوم خيبر خمسة اسهم وكان له فرسين ولان
الغازي قد يحتاج الى فرسين بان تركب هذا ويبقى الاخر ردا او ربما يموت فيعتبر
الفرسان جميعا ولان اصل السبب الارهاب قال تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به
عدو الله فيحصل بزيادة الفرس زيادة ارهاب بتكثير سواد الجيش
زيادة الغنا ووجه الظاهر ما روي عن النبي صلى الله عليه انه قال للفارس
سهمان وللراجل سهم بيانه انه عليه السلام جعل للفارس سهمين مطلقا مع ان
الجيش لا تخلوا ممن قاد اكثر من فرس فعلم انه لا يعطي لاكثر من فرس ولهذا لا يسهم
لثلثه

لثلثه افراس بالاجماع ولان ما زاد على الواحد فضل في الباب فكان الثاني كالثالث
فلا يسهم للثاني ولان مبنى الامر معتبر بحاله وعاقبته لان الارهاب لا يكون الا
من عاينه القتال ثم القتال لا يتحقق الا على فرس واحد لا على فرسين فاذا كان
كذلك لم يتحقق زيادة الارهاب بزيادة الفرس فلا يسهم الا لفرس واحد وبزيادة
الغنا لا يلتفت اليها لفرسين لان امرهما امر خفي كما لا يلتفت اليها بثلثة افراس
او بزيادة سلاح وما روي بخلاف هذا فهو محمول على النفل تحريضا على القتال
الا ترى الى ما روي ان رسول الله صلى الله عليه اسهم لسلمة بن الاكوع سهمين في غزوة
ذي قرد قال مسلم في حديث طويل في صحيحه قال رسول الله صلى الله عليه خير فرساننا
اليوم **ابو قتادة** وخير رجالنا سلمة قال سلمة ثم اعطاني رسول الله صلى الله عليه
سهمين سهم الفارس وسهم الراجل فجمعهما لي جميعا وكان راجلا وكان ذلك بسبيل النفل
لا لنصب الشرع فقد قيل ان سلمة كان يعدو مع الفرس وقال صلى الله عليه خير رجا
لنا سلمة قال الفقيه كان سلمة من الرماة المذكورين **اما** الجواب عن حديث زبير
فنقول اعطاه رسول الله صلى الله عليه سهمين له بفرسه وسهما اخر بنفرابته وسهما
اخر بالنفل وسهما اخر لامه بالقرابة وام زبير صفية بنت عبد المطلب عمة
رسول الله صلى الله عليه **قوله** ولان الواحد قد يعيى فيحتاج الى الاخر اي لان الفرس
الواحد قد يعجز فيحتاج الغازي الى الفرس الاخر **قوله** فلم يسهم له رسول الله صلى
الله عليه الا لفرس اي لم يعط له سهما **قال** ابن شاهين البرا بن اوس ابن خالد ابن
الجعد ابن عوف ابن مبذول شهد احدا وهو زوج المراة التي ارضعت ابراهيم بن
رسول الله صلى الله عليه واسمها خوله بنت المنذر ابن زيد ابن السدان حداش ابن
عامر ابن غنم ابن عدي ابن النجار وفي صحة الحديث البرا نظر **قوله** فلا يكون السبب
الظاهر مفضيا الى القتال عليهما يعني لما كان لا يتحقق القتال على الفرسين دفعة لا
يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضيا الى القتال على الفرسين مرتبا على
ذلك **قوله** وما رواه اي الذي رواه ابو يوسف وهذا اشارة الى قوله لما روي ان

الصفية بنت عبد المطلب

النبي صلى الله عليه اسهم لفرس **قوله** والبراذين والعتاق سواء وهذا اللفظ
القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا يسهم لراحلة ولا بغل ولم يذكره صاحب
الهداية **قال** الاسبيجابي في شرح الطحاوي ويستوي الفرس العربي والنجيب والبرذون
والهجين وغيرها مما يقع عليه اسم الخيل **فاما** من كان له جمل او بغل او حمار فهو والراجل
سواء هذا لفظه **وقال** في شرح الاقطع من الناس من يقول لا يسهم للبراذين
والاصل فيه قوله تعالى واعدوا لهم ما استطعتم من قوة ومن رباط الخيل ترهبون به
عدو الله وهذا لان اسم الخيل يقع على كل انواع الخيل من العربي والتركي وغير ذلك
فكان الجميع سواء ولان العربي والبرذون يختص كل منهما بمنفعة ليست في الاخر فكانا
سواء لان العربي اصلح للطلب والهرب والبرذون اصلح على حمل السلاح واصبر واكثر
انعطافا وانقيادا في القتال وانما لم يسهم لراحلة ولا بغل لعدم ورود النص لانه كان
يكون في غزوات النبي عليه السلام مع اصحابه الجمال والحمير والبغال ولا يسهم لشيء منها
ولو اسهم لظهر نقله لانها كانت اكثر من الافراس بذلك والبراذين جمع البرذون
وهو الكودن وجمعه كوادن وهي خيل العجم وخلافها العراب **قال** في المجمل برذن الرجل
برذنة اذا ثقل واشتقاق البرذون منه يقال فرس عتيق اي كريم وجمعه **عتاق**
قال في الجمهرة الهجنة غلظ الخلق في الخيل كغلظ البراذين الذكر والانثى فيه سواء وقال
فيها ايضا فرس مقرف خلاف العتيق وقال فيها ايضا الهجين من الناس الذي امه
وقيل الهجين ما يكون ابوه من الكوادن وامه من العربي والمقرف ما يكون ابوه عربيا
وامه من الكوادن وهذا ليس بصحيح الا ترى الى ما قال صاحب الفائق الاقراف ان يكون
الام عربية والفحل هجينا واسد فان نجحت مهجنا كريما فبالحري وان يكن اقراف
فمن قبل الفحل **قوله** والبر عطفا يروى بفتح العين وكسرها يقال عطفت الشيء اعطفه
عطفا اذا ثنيته ورددته عن جهته والعطف الناحية من الانسان والدواب وتعوج
الفرس في عطفيه اذا انثنى يمنة ويسرة كذا في الجمهرة **قوله** فاستويا اي البرذون
والعتيق **قوله** ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان
ومن دخل

راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل وهذا اللفظ القدوري في مختصره ؞
اعلم انك لما عرفت كمية سهم الفارس والراجل فاعرف الآن ان كونه فارسا
او راجلا متى يعتبر فعندنا يعتبر عند مجاوزة الدرب بنية القتال حتى لو نفق
فرسه بعد المجاوزة اي هلك فقاتل راجلا فله سهم فارس الا اذا باع فرسه او وهبه
وسلم او اجاره او اعاره سقط سهم فرسه في ظاهر الرواية وروى الحسن عن ابي حنيفة
ان له سهم فارس ولو اشترى مكانه فرسا اخر فله سهم الفرسان ولو جاوزه ؞
راجلا ثم اشترى فرسا او وهبه او ورث او استعاره او استاجر فقاتل فارسا
فله سهم راجل وفي رواية الحسن له سهم فارس كذا في التحفة وغيرها **قال** الحاكم الشهيد في
الكافي سواء ان قاتل صاحب الفرس الذي دخل به دار الحرب فارسا او راجلا في سفينة
او غيرها فله سهم فارس وعند الشافعي يعتبر كونه فارسا او راجلا عند شهود الو
قعة وفي رواية عنه عند تقضي الحرب وهو تمام القتال له ان سبب استحقاق
الغنيمة هو القتال والاستيلاء وشهود الوقعة سبب قريب الى القتال فيعتبر حال
شهود الوقعة لكونه اقرب فلم يعتبر المجاوزة لكونها سببا بعيدا الى القتال
كالخروج من البيت ولهذا اذا باع فرسه بعد المجاوزة قبل شهود الوقعة لا يستحق سهم الفارس بالاجماع ولو باع بعد شهود الوقعة فله سهم فارس م
نعلم ان المعتبر في الباب هو شهود الوقعة لا المجاوزة **ولنا** ان سبب الاستحقاق
هو الاستيلاء بازالة اليد المانعة وانما يتحقق ذلك بالقهر والقتال فكان السبب هو
القتال في الحقيقة الا ان الوقوف على حقيقة القتال متعذر او متعسر لان الامام لا يمكنه
ان يراقب بنفسه حال كل احد انه قاتل او لم يقاتل وكذا بنائبه بان يوكل عدلا يثق بقوله
يخبره من قاتل ومن لم يقاتل لان في اقامة العدل على كل واحد حرجا عظيما ولا يعتبر اخبار
كل واحد من الجند ايضا ان صاحبه قاتل لانه متهم فيه لجر النفع فلما لم يوقف على حقيقة
القتال للتعذر او للتعسر اقيم السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب على هيئة القتال

مقام القتال كما اقيم السفر مقام المسقة والنوم مقام الحدث والنكاح مقام الوطي
في حرمة المصاهرة فكان المعتبر حال المجاوزة لا حال القتال فكما لم يعتبر حال القتال
لم يعتبر حال شهود الوقعة ايضا لانه كما تعذر الوقوف على القتال اذ يعسر لما
قلنا تعذر وتعسر شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين والاشتغال بالحرب فلم
يلتفت الى كونه سببا فرسا لهذا المعنى بخلاف حال مجاوزة الدرب حيث يرتب الحكم عليها
لانها حال عرض الجيش وكتبة اسماميهم في الديوان فيبقى الحكم عليها للتيسير والوقوف
ولان مجاوزة الدرب بنيه القتال تحصل بها ارهاب الكفار وغيظهم كالقتال
لانهم يستخبرون حال المجاوزين كم فرسانهم وكم رجالتهم والاصل في الباب ارهاب
الكفار وغيظهم وقهرهم قال تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وقال تعالى
ولا يطوءن موطئا يغيظ الكفار وقد تحصل ذلك بمجاوزة الدرب لا بنفس القتال
ولهذا يشارك الردء المباشر في الغنيمة لحصول الارهاب بالكل فبعد ذلك حالة الدوام
فلا يشترط كونه فارسا فيها لانه قد يحتاج الى النزول في بعض المضايق كالمشجرة
وباب الحصن والحرب في السفينة بخلاف ما اذا باع الفرس بعد المجاوزة لانه ظهر ان
غرضه كان التجارة لا الحرب الا انه كان ينتظر غلاء السعر فلما غلا باع وليس كذلك
البيع يوم القتال لانه زمان مخاطرة الروح والروح فوق المال فلم يرد بالبيع قصد
التجارة وقت المجاوزة بل دل على تحقيق القتال حيث راى البيع اصلح للقتال لكن حصل
له التهيؤ في بعض المضايق بفراغ البال فان قلت يرد عليكم هنا سؤال احدهما
ان استحقاق الشيء بلا وجوده محال والمستحق وهو الغنيمة حال المجاوزة معدوم
فكيف ثبت الاستحقاق والثاني ان السبب انما يقام مقام العلة اذا تصورت
العلة واذا لم تتصور فلا وهنا لا يتصور العلة وهو القتال حال المجاوزة لان القتال
بدون شهود الوقعة محال قلت ليس المراد من الاستحقاق ثبوت الملك
الغنيمة او ثبوت الحق فيها للغزاة في الحال بل المراد به كون الشخص اخص بالغنيمة
من غيره اذا وجدت على ان هذا السؤال يرد على الخصم ايضا لانه لا غنيمة عند شهود
الوقعة

الوقعة ايضا فعلى هذا التفسير لا حاجة للاستحقاق الى اشتراط وجود
الغنيمة في الحال والجواب عن الثاني ان القتال بشهود الوقعة والتقاء
الصفين عند المجاوزة متصور الا انه ليس بثابت وشرط اقامة الشيء مقام غيره ان
لا يكون ذلك الغير ثابتا في الحال لانه اذا كان ثابتا كيف يقام شيء اخر مقامه فان قلت
ما ذكرتم تعليل في معارضة اثر الصحابي وهو قول عمر رضي الله عنه ان الغنيمة لمن
شهد الوقعة قلت هذا لا يرد علينا لان الشافعي لا يرى تقليد الصحابي حجة
فكيف يحتج به علينا وعلى مذهب الكرخي من اصحابنا كذلك فيما تدرك بالقياس
وقد يرد ذلك عند قوله ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة او نقول فيه بيان ان الغنيمة
لمن شهد الوقعة وليس فيه بيان سبب الاستحقاق فلا يلزم المعارضة والباقي
يعرف في طريقة الخلاف قوله وهكذا روى ابن المبارك عن ابي حنيفة في الفصل الثاني
يعني اذا دخل دار الحرب راجلا فاشترى فرسا فقاتل فارسا استحق سهم الفرسان
عند ابي حنيفة ايضا على رواية ابن المبارك عنه وليس ذلك بظاهر الرواية عنه قوله
حالة المجاوزة الدرب الا انه اطلق لشهرة المسئلة عند الفقهاء والمناظرين قال الخليل
الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها كذا
في المغرب وقال في الجمهرة الدرب الباب عربي معروف وقال في ديوان الادب الدرب
المضيق من مضايق الروم وكذلك ما اشبهه والمراد فيما نحن فيه وهو البرزخ الذي
بين دار الاسلام ودار الحرب فاذا جاوزه الغازي دخل دار الحرب واذا جاوزه الكافر
دخل دار الاسلام فيعتبر حال الشخص عند ذلك حال الغازي عند القتال قوله المجاوزة
وسيلة الى السبب كالخروج من البيت يعني ان عند الخروج من البيت لا يعتبر حال الغازي
من كونه فارسا او راجلا فكذا لا يعتبر عند المجاوزة والجامع كون كل منهما وسيلة الى
السبب وهو القتال قوله وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف
عليه هذا جواب بطريق المنع لما يقال من جهة اصحابنا ان القتال امر خفي لا يوقف
عليه فيقام السبب الظاهر وهو المجاوزة مقامه فقال لا نسلم انه لا يوقف عليه الا ترى

ان الاحكام تعلقت به فلو لم يوقف عليه لم يتعلق به ولهذا يرضخ الصبي او العبد او الذمي
او المراة اذا قاتل والا فلا قوله ولو تعذر او تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه
اقرب هذا جواب بطريق التسليم بان يقول الشافعي سلمنا ان الوقوف على القتال متعذر او
متعسر لكن اقيم شهود الوقعة مقامه لانه اقرب الى القتال من المجاوزة فيتعلق كونه
فارسا او راجلا بشهود الوقعة وجوابه مر فيما حققناه انفا والوقعة صدمة الحرب
قوله ولا يعتبر بها اي بحالة الدوام يعني بالاجماع الا ترى ان الشافعي يعتبر شهود
الوقعة بحسب لا القتال قوله وكذا على شهود الوقعة اي الوقوف متعسر عليه
ايضا فيقدر بها به قوله ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم
الفارس بالاتفاق اي باتفاق بيننا وبين الشافعي في هذه المسئلة مع ما يليها الى قوله ولا
يسهم لمملوك تفريع المسئلة القدوري قوله ولو دخل فارسا ثم باع فرسه او
وهب او اجر او رهن في رواية الحسن عن ابي حنيفة يستحق سهم الفرسان
اعتبارا للمجاوزة فان قلت كيف يعتبر الحسن المجاوزة وقد روينا عنه عن ابي
حنيفة ان الغازي اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا فقاتل فارسا فله سهم
فارس الذي هذا ينافي تناقض منه قلت لا فانه يعتبر حال المجاوزة بناء على الظاهر و
يعتبر حال شهود الوقعة لاجل حقيقة القتال به صرح في التحفة قوله وفي ظاهر
الرواية يستحق سهم الرجالة اي فيما اذا وجد بيع الفرس ونحوه بعد المجاوزة وهو رواية
السير الكبير قوله ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان اي بعد الفراغ من القتال
وهذا بالاتفاق قوله وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض اي لا يسقط ايضا
سهم الفرسان عند بعض المشايخ لان بيعه عند زمان مخاطرة الروح دل على انه انما باعه
لزيادة في الحرب لا لتحصيل المال لان الروح فوق المال وهذا هو الاصح عندي
وقال صاحب الهداية والاصح انه يسقط وحمل امره على انه اراد التجارة وانتظر العزة
وفيه نظر لان الانسان العاقل في مثل تلك الحالة لا يختار المال على روحه قوله عزته اي
عزة الفرس قوله ولا يسهم لمملوك ولا امراة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب
ما يرى

الامام وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان المملوك او الصبي او الذمي انما يرضخ
لهم اذا وجد منهم القتال والا فلا لكن يرضخ لهم ولا يسهم لهم لانحطاط رتبة التبع عن
المتبوع وهذا لان العبد تبع للحر والصبي تبع للبالغ والذمي تبع للمسلم وهذا لا
يمكن اهل الذمة من نصب الراية لا يسهم بخلاف المراة اذا كانت تقوم بمصالح الغزاة
وتداوي الجرحى فانها يرضخ لها وان لم يوجد منها حقيقة القتال لانها عاجزة
عنها لضعف بنيتها فاقيم مساعدتها للغزاة مقام القتال لكن يرضخ لها ولم
يسهم لانحطاط رتبتها لانها تبع للرجل وعلى هذا القياس كان ينبغي ان لا يسهم للفرس لانه
تبع للرجل الا انا تركنا القياس بالنص بخلاف ما اذا كانت المراة في خدمة زوجها
او العبد في خدمة مولاه ولا يقاتل حيث لا يرضخ لهما وقد روي عن ابي هريرة عن
النبي صلى الله عليه انه كان لا يسهم للعبيد والنساء والصبيان وكان يرضخ ولا يعرف خلافه
ان العبد اذا قاتل باذن مولاه يسهم له لان الرواية محفوظة عن اصحابنا ان العبد يرضخ
له وان كان باذنه الا ترى الى ما ذكر الاسبيجابي في شرح الطحاوي بقوله وان كان فيهم
نساء يداوين الجرحى ويقمن بمصالح المرضى والمقاتلة والغزاة او فيهم عبيد يقاتلون
مع الغزاة باذن مولاهم او فيهم اهل الذمة حضروا باذن الامام وقاتلوا مع المسلمين
فان الامام يرضخ ولا يبلغ لرجالتهم سهم الرجالة ولا لفارسهم سهم الفرسان وكذلك
حكم الغلام المراهق الذي لم يبلغ والمعتوه اذا كان قاتلا يرضخ لهما الى هنا لفظه
فان قلت سوقي من اهل سوق العسكر والاجير لخدمة الغازي لا يسهم لهما اذا لم
يقاتلا كالعبد ثم اذا قاتلا يسهم لهما كما يسهم لساير الغزاة والعبد اذا قاتل لا يسهم له
بل يرضخ فما الفرق قلت الفرق ان العبد تبع فانحط رتبته بخلافهما حين القتال
فانه لا تبعية لاحد حينئذ بل هما كساير الغزاة ولهذا يسقط اجره زمان القتال
مع العدو عن المستاجر قوله يرضخ لهم قال الجوهري رضخ فلان لفلان من ماله اذا
اعطاه قليلا من كثير والاسم الرضيخة قوله ولهذا لم يلحقها فرضه اي ولاجل
ان المراة والصبي عاجزان عن الجهاد لم يلحق المراة والصبي فرض الجهاد قوله

وله منعه اي للمولى منع العبد عن الجهاد لانه فرض كفاية الا اذا هجم العدو
فليس له منعه لانه صار فرض عين قوله لقيام الرق وتوهم عجزه يعني ان الرق
قائم في المكاتب مع توهم عجزه عن اداء بدل الكتابة فكان للمولى منعه عن الجهاد فصار
فصار كالعبد القن قوله بخلاف العبد يرتبط بقوله لانها عاجزة الى اخره يعني ان
المراة لما كانت عاجزة عن حقيقة القتال اقيم مداواتها الجرحى وقيامها على المرضى
مقام القتال فرضخ لها بلا قتال والعبد لما كان قادرا على حقيقة القتال لم يقم
مساعدته وخدمته مولاه الغازي مقام القتال لم يرضخ له اذا لم يوجد منه
القتال فان قلت كيف يصح قوله لانها عاجزة عن حقيقة القتال وامانها يصح
والامان لا يكون الا ممن خاف منه القتال ولا قتال بدون القدرة عليه قلت الامان
يثبت بالشبهة ولهذا يثبت بالاشارة فلم يدل ثبوت الامان على ثبوت حقيقة القتال
وشبهة القتال تتحقق منها بما عدتها الغزاة بنفسها ومالها وعبيدها
فصح امانها لذلك ولم يتوقف على حقيقة القتال فلم يرد السؤال قوله ولا
يبلغ به السهم اي لا يبلغ برضخ الذمي السهم اذا قاتل الا سهم الراجل ان كان راجلا ولا سهم
الفارس ان كان فارسا لان القتال جهاد والذمي تبع للمسلمين في الجهاد فلا يسوى
بينه وبين المسلم وقوله السهم بالرفع كما في قولك بلغ بعطائك خمسمائة بالرفع ولو قلت
خمسمائة بالنصب خرجت عن كلام العرب وقد عرف في المفصل قوله والاول ليس من
عمل الجهاد واراد بالاول الدلالة على الطريق فلما لم يكن دلالة الطريق من عمل الجهاد
كانت كسائر الاعمال جاز ان يعطى الذمي في اجرة دلالته زيادة على السهم اي قدر بلغت قوله
واما الخمس فيقسم على ثلاثة اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء
ذوي القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى اغنيائهم هذا لفظ القدوري في مختصره هذا هو المشهور
عن ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله انه يقسم على ثلاثة اصناف وهم اليتامى والمساكين
وابن السبيل وقال ابو جعفر الطحاوي في مختصره وقد روى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف عن
ابي حنيفة انه يقسم في ذوي القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل والاصل هنا قوله تعالى واعلموا
انما غنمتم

انما غنمتم من شيء فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى واليتامى والمساكين وابن
السبيل اعلم ان اختلاف العلماء في هذه الاية قد كثر فعندنا يقسم الخمس على ثلثة
اسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل فذكر الله تعالى لافتتاح الكلام
بسبيل التبرك لان الاشيا كلها لله تعالى وسهم النبي صلى الله عليه ساقط بموته
كسقوط الصفي لان الانبيا لا يورثون الا ترى الى ما حدث صاحب السنن باسناده الى
عروة ابن الزبير عن عايشة زوج النبي صلى الله عليه انها اخبرته ان فاطمة بنت رسول الله صلى
الله عليه ارسلت الى ابي بكر الصديق تساله ميراثها من رسول الله صلى الله عليه مما افاء الله
عليه بالمدينة وفدك وما بقي من خمس خيبر فقال ابو بكر ان رسول الله قال لا نورث
ما تركنا صدقة انما ياكل آل محمد من هذا المال واني والله لا اغير شيئا من صدقة رسول الله
صلى الله عليه عن حالها التي كانت عليه في عهد رسول الله صلى الله عليه فلاعملن فيها بما عمل
رسول الله صلى الله عليه فابى ابو بكر ان يدفع الى فاطمة منها شيئا وسهم ذوي القربى
ساقط لكن فقراؤهم يدخلون في الاصناف الثلثة ففقيرهم في سهم المساكين ويتيمهم في سهم
اليتامى وابن السبيل منهم يدخل في سهم ابن السبيل وعند الشافعي يقسم الخمس على
خمسة اسهم سهم النبي يصرف الى مصالح المسلمين نحو سد الثغور وعمارة القناطر و
ارزاق القضاة وسهم ذوي القربى يصرف الى اقارب رسول الله صلى الله عليه بني
هاشم وبني المطلب دون غيرهم من بني عبد شمس وبني نوفل ويشترك فيه الغني والفقير
للذكر مثل حظ الانثيين واليه ذهب احمد بن حنبل والباقي كقولنا وعند مالك الامر
مفوض الى الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء اعطى بعضهم دون بعض وان شاء اعطى غيرهم
ان كان امر غيرهم اهم من امرهم وعند ابي العالية سهم الله يصرف الى مصالح الكعبة
او الى عمارة الجامع ان كانت الكعبة بعيدة من موضع القسمة وقال في اللسان وعن الحسن
في سهم رسول الله صلى الله عليه انه لولي الامر من بعده وحاصل الخلاف بيننا وبين
الشافعي ان الغني الهاشمي هل يستحق السهم من الخمس ام لا لنا ان السهم ذوي القربى كان
ثابتا في حيوة النبي صلى الله عليه ثم لا يكون كما كان لانه لا نسخ بعده ثم لا فصل في الاية بين

الغني والفقير فيشتركان ولنا ان المراد من القربى قرب النصرة لا قرب القرابة وكان
يعطي رسول الله صلى الله عليه لذي القربى لنصرتهم لا لقرابتهم من حيث النسب فذهب الحكم بذهاب
العلة يدل على هذا ما روى صاحب السنن وغيره مسندا الى سعيد ابن المسيب قال اخبرني
جبير ابن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه سهم ذي القربى في
بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت انا وعثمان ابن عفان حتى
اتينا النبي صلى الله عليه فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي
وضعك الله به فيهم فما بال اخواننا بني المطلب اعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة
فقال رسول الله صلعم انا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم
شي واحد وشبك بين اصابعه واشار الى نصرتهم اعلم ان في سهم ذوي القربى
اختلافا فمن اصحابنا من قال انهم كانوا يستحقونه بالمعنيين بالنصرة و
القرابة جميعا واستدلوا على ذلك بحديث عثمان وجبير حيث قال لهما رسول الله
ان بني المطلب لم يفارقوني في جاهلية ولا اسلام واخبر انهم استحقوا بالنصرة والقرابة
جميعا فلما لم تجتمعا لم يستحقوا لمن جا بعد لان القرابة فقد عدمت منه النصرة فحينئذ
انما يستحقه بالفقر دون غيره ولا حق للاغنيا فيه وقال اخرون من اصحابنا ان
سهم ذوي القربى في الاصل لم يجب الا للفقرا منهم ولم يكن مستحقا باسم القرابة
دون الفقر والدليل على ذلك ان النبي صلى الله عليه اعطى بني المطلب ولم يعط بني عبد شمس ولا
بني نوفل وهما جميعا في محل واحد من القرابة ولو كان مستحقا بالقرب لا يستحقه الجميع
ليساويهم فيه ومن الدليل عليه ايضا ان الخلفا الراشدين وهم الخلفا الاربعة لم
يعطوا سهم ذوي القربى اغنيا منهم وانما اعطوه الفقرا كذا ذكره ابو بكر الرازي في شرح
مختصر الطحاوي وقد احتج محمد رحمه الله باجماع الصحابة فقال كان الخمس يقسم على عهد رسول
الله صلعم على خمسة ثم قسمه ابو بكر وعمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم اجمعين على ثلثة اسهم
لليتامى والمساكين وابنا السبيل ولا معدل عن الاجماع لا سيما اجماع الخلفا الراشدين
من غير انكار احد على ذلك يدل على هذا ما حدث الطحاوي في شرح الاثار عن محمد ابن
حرملة

حرملة عن يوسف ابن عدي عن عبد الله ابن المبارك عن محمد ابن اسحق قال سالت ابا
جعفر يعني محمد ابن علي فقلت ارايت علي ابن ابي طالب حيث ولي العراق وما ولي من
امر الناس كيف صنع في سهم ذوي القربى فقال سلك به والله سبيل ابي بكر وعمر فقلت
وكيف وانتم تقولون ما تقولون قال اما والله ما كان اهله يصدرون الا عن رايه قلت فما منعه قال
كره والله ان يدعا عليه خلاف ابي بكر وعمر فعلم بهذا ان عليا رضي الله عنه اجرى
سهم ذوي القربى كما اجرى ابو بكر وعمر لانه راه عدلا وصوابا ولو كان رايه خلاف رايهما لرده
الى ما راى وعلم بهذا ان ما يروى عن ابن عباس انه كان يرى سهم ذوي القربى فانما ليس
بصحيح ولئن صح فنقول المراد منه سهم ذوي الحاجات منهم ونحن نقول
بذلك ايضا حيث نقدمهم على سائر الفقرا لانهم حق في الصدقة ولا حق لفقرا ذوي
القربى الا في الخمس فان قلت لا نسلم ان المراد قرب النصرة فلو كان كذلك لم يثبت
الاستحقاق للنسا والذراري لعدم النصرة منهم قلت المراد منه نصرة
الاجتماع لا نصرة القتال حيث صحبوا رسول الله صلعم حين هجره الناس
وداموا على ذلك في الاسلام وهذا المعنى يوجد منهم كما يوجد من الرجال ذكر السوال
ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي سوالا اجاب عنه فقال فان قال قايل قوله تعالى
وللرسول ولذي القربى عمومه يقتضي وجوب السهم للفقرا والاغنيا منهم
قيل له هذا عندنا ليس بعموم بل هو مجمل موقوف الحكم على البيان من قبل ان قوله
ولذي القربى لا يختص بقرابة النبي دون قرابة غيره اذا كان الاسم يتناول الجميع
الا ترى الى قوله تعالى واذ اخذنا ميثاق بني اسرائيل لا تعبدون الا الله وبالوالدين
احسانا وذي القربى لم يختص بقرابة نبي دون غيره من الناس وقد كان يجوز ان
يكون المراد به قرابة الخليفة او قرابة الغانمين او امير الجيش وروي عن قتادة عن
الحسن ان المراد به قرابة الخلفا فلما لم يكن في الاية دلالة على تخصيص قرابة
النبي عليه السلام دون غيره حصل اللفظ مجملا مفتقرا الى البيان وسقط الاحتجاج
بعمومه ثم اعلم ان رسول الله صلى الله عليه هو محمد ابن عبد الله ابن عبد المطلب ابن

هاشم ابن عبد مناف وكان لعبد مناف خمسة بنين هاشم والمطلب ونوفل و
عبد شمس وابو عمرو واسمه عبيد درج ولم يعقب وعثمان رضي الله عنه من بني عبد
شمس لانه عثمان ابن عفان ابن العاص ابن امية ابن عبد شمس ابن عبد مناف وجبير
من بني نوفل فانه جبير ابن مطعم ابن عدي ابن نوفل قال البخاري في صحيحه قال
ابن اسحق عبد شمس وهاشم والمطلب اخوة لام وامهم عاتكة بنت مرة وكان نوفل
اخاهم لابيهم قوله قال الشافعي لهم خمس الخمس اي لذوي القربى والقربى القرابة
قوله والفرض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض اراد بالعوض خمس الخمس
بالمعوض الزكوة وقوله وهم الفقرا الضمير يرجع الى من في قوله من يثبت قوله وشبك
بين اصابعه قال في الجمهرة كل متداخل متشابك ومنه قيل شبك بين اصابعه قوله
فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام تبركا باسمه هذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لما روى الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرح الاثار باسناده الى سفيان الثوري عن
قيس ابن مسلم قال سالت الحسن ابن محمد ابن علي رضي الله عنه عن قول الله عز وجل واعلموا
انما غنمتم من شيء فان لله خمسه قال اما قوله فان لله خمسه فهو مفتاح كلام ولله تعالى
الدنيا والاخرة قوله وسهم النبي صلى الله عليه سقط بموته كما سقط الصفي وهذا
لفظ القدوري وعند الشافعي سهم رسول الله يصرف الى الخليفة في رواية والى مصالح المسلمين
كسد الثغور في رواية ولنا ان النبي صلى الله عليه كان يفضل بسهم الصفي وخمس الخمس فجعل ذلك
مع ذلك في القسمة سهم كسهم رجل من المسلمين كذا قال الطحاوي في شرح الاثار ثم الصفي سقط
بموته فكذا خمس الخمس في سهم رجل من الغنيمة وهذا لانه كان يستحق ذلك لانه كان رسولا ولا
رسول بعده فانه فلا يستحقه الخليفة ولان الاسلام لا يورثون لما روينا عن عايشة رضي الله عنها
ان ابا بكر رضي الله عنه ما دفع الى فاطمة رضي الله عنها من ذلك شيا مع ان فاطمة كانت اقرب الناس
الى رسول الله نسبا واسهم رحما وهذا دليل ايضا على ان سهم ذوي القربى ساقط لانه لو لم يكن
ساقطا لكانت فاطمة اولى الناس به قوله والصفي شي كان رسول الله يصطفيه لنفسه من الغنيمة
مثل درع او سيف او جارية وحدث صاحب السنن باسناده الى الشعبي قال كان للنبي صلى الله عليه
سهم

سهم يدعى الصفي ان شاء عبدا وان شاء امة وان شاء فرسا يختاره قبل الخمس وقال محمد في
السير الكبير باسناده عن الزهري عن سعيد ابن المسيب قال كان سيف النبي صلى الله عليه
ذو الفقار الذي تنفله يوم بدر وكان سيف العاص ابن منبه ابن الحجاج
فهذا دليل على انه لم يجيء من الجنة وذكر هشام بن محمد ابن السايب الكلبي عن ابيه في كتاب
السيوف كان سيف رسول الله صلى الله عليه ذا الفقار وكان للعاص ابن منبه بن الحجاج
السهمي نفله علي ابن ابي طالب يوم بدر وجاء بسيفه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فصار بعد لعلي اعطاه اياه النبي صلى الله عليه وله يقول القايل لا سيف الا ذو الفقار
ولا فتى الا علي الى هنا لفظ كتاب الكلبي ومما ذكره الزمخشري في الفايق ان رسول الله صلى الله عليه
تنفله في غزوة بني المصطلق فليس بصحيح لرواية من رواه قديما واعلم انه لا استيما
امر المغازي قال الكلبي انه فيه وذكر في الصحيح البخاري والسنن مسندا الى انس ابن مالك
قال قدمنا خيبر فلما فتح الله عليه الحصن ذكر له جمال صفية بنت حيي ابن اخطب وقد
قتل زوجها وكانت عروسا فاصطفاها النبي لنفسه قوله والحجة عليه ما قدمناه
ان الحجة على الشافعي ما قال ان النبي صلى الله عليه كان يستحقه برسالته قوله وسهم
ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه بالنصرة هذا لفظ القدوري قوله
لما روينا اشارة الى قوله والنبي صلى الله عليه اعطاهم للنصرة الى اخر ما قال قوله قال
ونقده بالفقرا اي قال القدوري في مختصره ونقده بالفقرا اي وبعد النبي صلى الله عليه
كانوا يستحقون سهم ذوي القربى بالفقر قال صاحب الهداية استحقاقهم ذلك بالفقر
قول الكرخي والطحاوي سهم الفقير منهم ساقط ايضا كالغني قوله لما روينا من الاجماع اشارة
الى ما ذكر بقوله ولنا ان الخلفا الراشدين قسموه على ثلاثة قوله ولان فيه معنى الصدقة نظرا
الى المصرف اي لان في سهم ذي القربى معنى الصدقة لان الهاشمي الذي صرف اليه فقيرا ولو لم يكن
فقيرا لم يجوزوا صرفه اليه بعد النبي صلى الله عليه باتفاق الروايات عن اصحابنا فلما كان
فيه معنى الصدقة حرم ذو القربى اياه كما حرم الهاشمي العامل على الصدقة العمالة ومنعوا بعطي
على عمله وقد مر ذلك في الزكوة قوله وجه الاول اراد به قول الكرخي قوله وقيل

هو الاصح وانما قال قيل الان في ذكون قول الكرخي اصح اختلاف المشايخ **قوله** والاجماع
انعقد على سقوط حق الاغنيا اي اجماع خلفا الراشدين انعقد على سقوط حق الاغنيا
من ذوي القربى **قوله** اما فقراهم اي فقرا ذوي القربى يدخلون في الاصناف الثلثة
اي في اليتامى والمساكين وابنا السبيل مر مره **قوله** واذا دخل الواحد والاثنان دار
الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيا لم يخمس وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال
الشافعي يخمس قال في السير الكبير في الرجل والرجلان يخرجان من دار الاسلام فيغيران
في ارض الاخرى فيصيبان الغنايم لا تخمس ما اصابوا وان بعث الامام رجلا واحدا طليعة من
العسكر فاصاب غنيمة خمس وقال في السير الكبير ولو ان رجلا او رجلين او ثلثة او من لا
منعة له من المسلمين او من اهل الذمة دخلوا دار الحرب بغير اذن الامام فاصابوا غنايم
فاخرجوها الى دار الاسلام كان ذلك كله لهم ولا خمس فيه فان كان الامام اذن لهم خمس
ما اصابوا وكان ما بقي بينهم على سهام الغنيمة الى هنا لفظه وذلك لان الاذن اذا لم يوجد
صار اخذهم كاخذ اللص ولا خمس فيه لان الخمس انما يكون في الماخوذ قهرا وغلبة ولم
توجد لم ما ياخذه كل واحد لا تشركه فيه اصحابه لانه اخذ بالا على اصل الاباحة
كالصيد والحطب وان اجتمعوا على اخذ شي واحد فهو بينهم كساير المباحات اما اذا وجد
الاذن من الامام تخمس لانه وجد الا تهزا الغلبة اعتبارا وان لم توجد حقيقة لان الامام
لما اذن التزم نصرتهم وامدادهم ولا يقال قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شي فان لله
خمسه مطلق فينبغي ان تخمس وجد الاذن او لم يوجد لانا نقول الغنيمة عند العرب
هو الماخود قهرا وغلبة وما اخذه اللص سرقة وما اخذه الواحد والاثنان جهرا اختلسه
فلا تدخل تحت الغنيمة ولا يقال سقض تو للم الجاعة لهم منعة دخلوا فاخذوا حيث تخمس ما اخذوا
وان لم ياذن الامام لانا نقول لا نسلم لوجود معنى القهر والغلبة بالمنعه **قوله** وان دخل
الواحد والاثنان باذن الامام فيه روايتان والمشهور انه يخمس والمشهور من الرواية ما ذكرنا
من السير الكبير والصغير والرواية الاخرى رواية البرامكة ذكرها الناطفي في الاجناس
وقال في البرامكة مسلم اغار وحده في دار الحرب وكان خروجه باذن الامام او بغير اذنه
لا خمس

فيما اصاب من اهل الحرب وكذلك الاثنان والثلاثة وان كانت سرية خمس فيما اصابوا باذن
الامام خرجوا باذنه او بغير اذنه والسرية تسعه ثم نقل الناطفي عن كتاب الخراج
لابن سجاع كان ابو حنيفة يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر في ارض
للمسلمين لا تخمس فيما اخذ حتى يصيروا تسعة فاذا بلغ ذلك فهم سرية **قوله**
مغيرين بلفظ الجمع الا الاثنين بدليل قوله فاخذوا او يجوز عود الضمير الى المعطوف
والمعطوف عليه وان كان العطف بلفظ او كما في قوله تعالى ان يكن غنيا او فقيرا فالله اولى
بهما **قوله** بالامداد بلنصرة اي بالاعانه **قوله** فصار كالمنعه اي صار الامام
كالمنعة لهم حيث اذن لهم **قوله** وان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيا خمس وان لم يأذن
لهم الامام هذا لفظ القدوري في مختصره ولم ينص على قدر المنعة واشار في البرامكه وفي كتاب
الخراج لابن **سجاع** الى التسعة وقد مر انفا وانما خمس الماخوذ بالمنعه لقوله تعالى ما
غنمتم من شي الاية وهذا داخل تحت الاية لكونه ماخوذا بالقهر والغلبة ولانه ماخوذ
بظهر المسلمين لما ان نصرهم يجب على الامام لئلا يلزم ظهور ضعف المسلمين بخلاف دخول الواحد
وما اشبهه قال في السير الكبير ان خرج قوم لا منعة لهم باذن الامام وقوم لا منعة لهم
بغير اذن الامام فالتقوا في دار الحرب حتى صارت لهم منعة وقد اصابوا غنايم قبل ان
يلتقوا الحرب وبعدما التقوا الحرب فانه يخمس جميع ما اصاب الفريقان ولو التقى
الفريقان بحيث لم يصر لهم منعه بعضه للذين دخلوا باذن الامام يخمس وبعضه للذين
دخلوا بغير اذن الامام ولا خمس **قوله** خذلهم يقال خذلت الرجل اخذله خذلا وخذلانا
اذا تركت معونته **قوله** فيه وهن المسلمين اي في خذلانهم ضعف والوهن يسكنون الها
مصدر قولهم وهن يهن وبالفتح مصدر وهن يوهن من باب علم والله اعلم

فصل في التنفيل لما كان التنفيل امرا
يتعلق بالغنيمة ذكره بعد ذكر الغنايم يقال نفل السلطان فلانا اذا اعطاه سلب قتيل
قتله ونفله تنفيلا ونفله نفلا لغتان فصيحتان كذا قال ابن دريد والنفل بفتحتين الغنيمة و
جمعه انفال ومنه قول السلطان تقوى ربنا خير نفل وباذن الله ريثي والعجل **قوله** ولا باس بان

برامكه

نفل الامام في حال القتال وتحريضه على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه او يقول للسرية
قد جعلت لكم الربع بعد الخمس اي قال القدوري في مختصره والفاء في قوله فيقول للتفسير لما
قبله وانما قيد بقوله في حال القتال لان التنفيل انما يصح عندنا اذا كان قبل الاصابة
وعند الاوزاعي يصح بعد الاصابة في حق السلب للقاتل كذا ذكر في الاسرار ثم اعلم ان
السلب لا يخمس اذا نفل الامام مطلقا بان قال من قتل قتيلا فله سلبه او قال من اخذ شيئا
فهو له او قال للسرية ما اصبتم فلكم منه الربع او الخمس اما اذا قال فله سلبه بعد
الخمس او قال فلكم منه الربع او الخمس بعد الخمس او بعد الخمس يخمس حينئذ ومعنى قوله
جعلت لكم الربع بعد الخمس اي الربع بعد ما اصبتم بعد رفع خمسه ثم الاصل في جواز التنفيل
قوله تعالى يا ايها النبي حرض المؤمنين على القتال وفي التنفيل تحريض عليه لجواز ذلك لان
اهل الشجاعة يخاطرون بانفسهم ويظهرون الجلادة رغبة في السلب فيكسر شوكة الكفار وفيه
مصلحة الاسلام واهله فكان جائزا وحدث البخاري وغيره مسندا الى ابي قتادة قال قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر من قتل قتيلا عليه بينة فله سلبه وحدث صاحب
السنن مسندا الى ابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه قال يوم بدر من قتل قتيلا فله
كذا وكذا ومن اسر اسيرا فله كذا وكذا وقوله عليه السلام من قتل قتيلا سماه النبي باسم
ما يؤول اليه كقوله تعالى اني اراني اعصر خمرا وقوله انك ميت وانهم ميتون قوله ثم قد
يكون التنفيل بما ذكرنا وقد يكون بغيره وانما ذكر هذا على سبيل التفريع يعني ان التنفيل
كما يكون بما ذكر في مختصر القدوري وهو التنفيل بالسلب والتنفيل بالربع بعد الخمس يكون بغيره
ايضا ولا يختص بما ذكره ثمه بل يجوز بغيره بان يقول جعلت لكم النصف بعد الخمس مثلا او
يقول ما اصبتم فهو لكم الا ان الاولى ان لا يفعل بجميع الماخوذ لان فيه قطع حق الباقين من الغزاة ومع
هذا لو فعل جاز لما راى فيه من المصلحة قال بعض الشارحين اراد بقوله وقد يكون بغيره نحو
الذهب والفضة وفيه نظر لانه داخل تحت ما ذكر في مختصر القدوري لان السلب يشتمل على ما
وسط القتيل من الذهب والفضة فكيف يكون الذهب والفضة غير ما ذكر في المختصر والسرية
عدد قليل يبعثهم الامام طليعة الى العدو ولا يختصون بالدبابة كما قال الحسن بن بكر ولهذا قال

محمد

محمد في السير الكبير افضل ما يبعث في السرية ادناه ثلثة ولو بعث ما دونه جاز ثم اعلم
ان التنفيل بالذهب والفضة جائز عندنا خلافا لمكحول لان النبي صلى الله عليه نفل
ابن مسعود يوم بدر سيف ابي جهل وكان عليه فضة قوله ولا ينفل بعد احراز الغنيمة
بدار الاسلام هذا لفظ القدوري في مختصره واستثنى فيه بقوله الا من الخمس وذلك
لان بعد الاحراز تاكد حق الغزاة في الغنيمة فلا يجوز للامام ان يقطع حقهم ولان التنفيل
نوع تحريض على القتال فلا يحتاج الى التحريض بعد الاستقرار الهزيمة واحراز الغنيمة
بدار الاسلام بخلاف الخمس فانه لا حق فيه للغزاة فلا يلزم قطع حقهم فيتصرف الامام فيه
على ما راى من المصلحة في امور المسلمين قوله واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة
الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء وهذا لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي
اذا كان القاتل مقبلا فالسلب للقاتل له ما روي عن ابي قتادة قال قال رسول الله صلى الله عليه
يوم خيبر من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه ذكره في الصحيح والسنن وذكر في السنن
مسندا الى انس بن مالك قال قال رسول الله صلى الله عليه يوم خيبر من قتل كافرا فله سلبه
فقتل ابو طلحة يومئذ عشرين رجلا واخذ اسلابهم وجه الاستدلال ان الظاهر منه
نصب الشرع كما في قوله عليه السلام من غير دينه فاقتلوه فيكون السلب للقاتل سواء شرط الامام
او لم يشترط الا ان المقبل له غناء اي كفاية في الحرب لا يوجد ذلك في المدبر فيختص بالسلب
اظهارا لفضيلته دون المدبر ولنا ان السلب غنيمة لانه مال ماخوذ قهرا فيدخل
تحت قوله تعالى واعلموا انما غنمتم من شيء فيكون القاتل وغيره سواء اذا لم يوجد
التنفيل لانه اخذه بقوة الجند وروي في السنن وشرح الاثار مسندا الى عكرمة عن ابن
عباس قال لما كان يوم بدر قال رسول الله صلى الله عليه من فعل كذا وكذا فله كذا وكذا فذهب
شبان الرجال وجلس الشيوخ تحت الرايات فلما كانت الغنيمة جاء الشبان يطلبون نفلهم
فقال الشيوخ لا تستاثروا علينا فانا كنا تحت الرايات ولو انهزمتم كنا ردءا لكم فانزل الله
يسألونك عن الانفال قل الانفال لله فقرأ حتى بلغ كما اخرجك ربك من بيتك بالحق الاية
يقول اطيعوني في هذا الامر كما رأيتم عاقبة امري حيث خرجتم وانتم كارهون فقسم بينهم

بالسوا في هذا الحديث دليل على ان السلب لا يكون للقاتل لانه لو كان له لاعطاه النبي صلى
الله عليه حاجته دون غيره والجواب عن حديث الخصم فيقول يحتمل ان يكون المراد
منه نصب الشرع كما قال الخصم ويحتمل ان يكون اراد به من قتل قتيلا في تلك الحرب
كما قال عليه السلام يوم فتح مكة من القى سلاحه فهو آمن فلم يدل ذلك على ان من
القى سلاحه في غير تلك الحرب آمن فلما احتمل قلنا ان ذلك الحديث ورد يوم خيبر
فلم يكن السلب للقاتل قبل ذلك بالاتفاق فلم نعلم يقينا انه له لا يكون له وقد
دل الحديث الذي رويناه على ان المراد بما رواه ليس نصب الشرع بل المراد منه
التنفيل يؤيده ان المسلمين يوم خيبر ولوا منهزمين حيث اشتدت الحرب
فاحتاج النبي صلى الله عليه الى التحريض بالتنفيل فقال من قتل قتيلا فله سلبه
فتعين الكلام للتنفيل دون ما قاله **قوله** فمحمله على الثاني اي حمل الحديث
الذي رواه الشافعي على التنفيل المادة ينافيه اي الحديث حبيب ابن ابي سلمة وهو قوله
عليه السلام ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك **قوله** وزيادة الغناء
لا يعتبر في جنس واحد كما ذكرناه اشارة الى ما ذكره في فصل كيفية القسمة لان الكرة والفرة
من جنس واحد الى قوله ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لانه كم من احد من الفرسان
او الرجالة مثل الالف في الغناء ولا يعتبر ذلك في استحقاق زيادة السهم لانه من جنس واحد
فكذا هنا زيادة الغناء في المقتل لا يعتبر **قوله** والسلب ما على المقتول من ثيابه وسلاحه
ومركبه هذا لفظ القدوري في مختصره في تفسير السلب وكذا ما على مركبه من الآلة وما عليه
من مال في حقيبته وما في وسط القتيل من الدنانير والدراهم كل ذلك وما سوى ذلك مما كان مع
غلامه او على جنيبته فليس بسلب قال في الجمهرة الحقيبة الزيادة في مؤخر القتب وكل شيء
شددته في مؤخر رحلك او قتبك فقد احتقبته وكثر ذلك حتى قالوا احتقب فلان خيرا او شرا
اذا ادخره **قوله** ومركبه بالرفع **قوله** لما مر من قبل اشارة الى ما ذكر في باب الغنائم بقوله
ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثانية منعدمة اي اليد الناقلة منعدمة
قبل الاحراز فلا يثبت الملك **قوله** حتى لو قال الامام من اصاب جارية فهي له فاصابها مسلم
واستراها

واستبراها لم تحل له وطيها وكذا لا بيعها وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد
له ان يطيها ويبيعها هذا ايضاح لثبوت الملك للنفل قبل الاحراز في اختلاف الروايات
بين محمد وصاحبيه واعترض عليه صاحب الاسرار وتبعه صاحب الهداية فلم يذكر الخلاف
في السير الصغير الاصل بل قال فيه اذا قال الامام من اصاب شيئا فهو له فاصاب رجل جارية
فاستبراها لا يطيها ولا يبيعها حتى يخرجها الى دار الاسلام واعتمد عليه الحاكم الشهيد في الكافي
وذكر الكرخي الخلاف بين ابي حنيفة ومحمد ولم يذكر قول ابي يوسف فقال لا يطيها عند ابي
حنيفة خلافا لمحمد اعتمد عليه صاحب المختلف والمنظومة **وجه** قول محمد ان سبب
الملك قد تم بدليل ان المستحق ... و **وجه** قولهما ان سبب الملك قاصر لان
اهل الحرب مقهورون يدا قاهرون دارا وجعله كالشبهة قال فخر الاسلام في شرح
الزيادات اجمعوا بمن دخل متلصصا دار الحرب فاخذ جارية فاستبراها في الغنيمة لا
تحل له حتى يخرجها ثم يستبريها **قوله** ويجب بالقسمة في دار الحرب والشراء من الحربي
يعني كما يثبت الملك عند محمد بالقسمة ثمة والشراء منهم يثبت الملك بالتنفيل ايضا عنده وانما
قيدنا بقولنا كما يثبت الملك عند محمد لان خلاف محمد ثابت في المقيس عليه ايضا اعني في مسئلة
القسمة والشراء ذكر الخلاف فخر الاسلام في شرح الزيادات وهنا حقق خلافه
في الشراء في المختلف والمنظومة ايضا **قوله** ووجوب الضمان بالاتلاف وقد
قيل على هذا الاختلاف ذكر هذا الوجه تمهيدا على قول ابي حنيفة وابي يوسف لانه
محال ذكر في الزيادات ان المتلف لسلب نفله الامام يضمن لان الخلاف كره ولم يذكر
فيه الخلاف فورد الضمان شبهة علينا لان الضمان دليل تمام الملك فضعو ان يحل الوطء
على مذهبهما ايضا بعد الاستبراء فقال في جوابه انه على الاختلاف ايضا يعني عند محمد
يضمن خلافا لهما فلم يدل المذكور في الزيادات على حل الوطء عندهما قبل الاحراز

باب في استيلاء الكفار

لما ذكر
قبل هذا حال استيلاء المسلمين على اموال الكفار ذكر هنا حال استيلاء الكفار على اموال
كافر اخر في دار حرب اخرى وعلى اموال المسلمين وما يترتب عليه من المسائل **قوله**

وإذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها وهذا لفظ القدوري في مختصره
وذلك لأن سبب الملك هو الاستيلاء على مال مباح وقد حصل ذلك وتحقيقه يجيء بعد هذا
عند قوله وإذا غلبوا على أموالنا والترك جمع تركي والمراد كفار الترك وكفار
الروم منه ما في البخاري في الصحيح عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه
لا تقوم الساعة حتى تقاتلوا الترك صغار الأعين حمر الوجوه ذلف الأنوف
كأن وجوههم المجان المطرقة والذلف قصر الأنف وانبطاحه ورجل أذلف وامرأة ذلفاء
والمجن الترس والمطرقة هي التي ألبست الأغشية من الجلود شبه عرض وجوههم
ونتوء وجناتهم بظهور الترسة قوله فإن غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك
هذا لفظ القدوري في مختصره أيضا أي حل لنا ما نجده في أيدي الترك مما أخذوه من الروم
لأنهم ملكوه بالاستيلاء فصار بمنزلة سائر أملاكهم سواء قوله وإذا غلبوا على
أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها وهذا لفظ القدوري في مختصره وعند الشافعي لا
يملك الكفار شيئا من أموالنا إذا أحرزوها بدارهم لما حدث الطحاوي في شرح الآثار وعن
مسند عمران بن حصين قال كانت العضباء من سوابق الحاج فأغار المشركون
على سرح المدينة وفيه العضباء وأسروا امرأة من المسلمين وكانوا إذا نزلوا يريحون
إبلهم في أفنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد نوموا فجعلت لا تضع يدها على
بعير إلا رغا حتى أتت على العضباء فأتت على ناقة ذلول فركبتها ثم وجهت قبل المدينة
ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فأتوا بها
النبي صلى الله عليه فأخبرته المرأة بنذرها فقال بئس ما جزيتها أو وفيتها لا وفاء لنذر
في معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم فعلم بهذا أن الكفار لا يملكون أموال المسلمين
فلو كانوا يملكون لملكت المرأة العضباء بالأخذ منهم ولأن أخذهم عدوان محض فلا
يصير سببا للملك كغصب المسلم من المسلم ولأن الاستيلاء إنما يكون سببا للملك إذا ورد
على مباح وههنا ورد على محظور معصوم حقا للمسلمين فلا يكون سببا للملك كالاستيلاء
على رقبة المسلم ولنا قوله تعالى للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم
اشاره

إشارة إلى زوال أملاكهم إلى الكفار سماهم الله فقراء لأن الفقير عديم الملك لا بعيد
اليد عن الملك ولهذا كان المكاتب فقيرا وإن أصاب مالا عظيما ولهذا كان ابن السبيل
في كتاب الله تعالى غير الفقير لأن ابن السبيل بعيد اليد عن الملك لا عديم الملك وروى
البخاري في الصحيح مسندا إلى أسامة بن زيد أنه قال حين الفتح يعني فتح مكة يا رسول
الله أين تنزل غدا قال النبي صلى الله عليه هل ترك عقيل لنا من منزل وإنما قال هذا لأنه
كان استولى عليه عقيل وروى محمد بن الحسن في الأصل عن ابن عباس أن رجلا وجد
بعيرا له في المغنم قد كان المشركون أصابوه قبل ذلك فسأل عنه رسول الله صلى الله عليه
فقال إن وجدته قبل أن يقسم فهو لك وإن وجدته بعدما قسم أخذته بالثمن إن شئت
هذا دليل على ملك الكفار بعد الإحراز لأنه عليه السلام جعل بعد القسمة أخذه
بالثمن ولولا ذلك لما كان أحق من سائر الناس قبل القسمة بلا شيء وروى
الطحاوي في شرح الآثار بإسناده إلى تميم بن طرفة أن رجلا أصاب له العدو
بعيرا فاشتراه رجل منهم فجاء به فعرفه صاحبه فخاصمه إلى رسول الله صلى الله عليه
فقال إن أعطيته ثمنه فهو لك وإلا فهو له وروى الطحاوي أيضا فيه بإسناده
إلى قبيصة بن ذويب أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال فيما أحرز المشركون
فأصابه المسلمون فعرفه صاحبه إن أدركه قبل أن يقسم فهو له وإن جرت
فيه السهام فلا شيء له وروى أيضا فيه عن أبي عبيدة رضي الله عنه مثل ذلك وروى
أيضا فيه بإسناده إلى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله وروى أيضا فيه
بإسناده إلى قتادة عن خلاس أن علي بن أبي طالب قال من اشترى ما أحرزه العدو
فهو جائز فهذا كله دليل على أن المشركين إذا أحرزوا ملكوا ولأن الاستيلاء
على مال مباح بأصل الخلقة سبب للملك واستيلاء الكفار على أموالنا بعد
الإحراز بدارهم استيلاء على مال مباح بإباحة أصلية فيكون سببا للملك
كاستيلائنا على أموالهم بعد الإحراز وإنما تثبت العصمة للمال ليتمكن المالك من الانتفاع
به في الحاجة لأنه إذا لم يكن معصوما كان كل واحد بسبيل من التعرض فلا يحصل

المنافع المطلوبة من العصمة وهو التمكن من الانتفاع ودفع الحاجة ثم لما زال
التمكن من الانتفاع ودفع الحاجة … اذ بهما ارتفعت العصمة فعاد مباحا
فملكوه بالاستيلاء فان قلت لا نسلم ان المال المباح في الاصل … قلت انه
مباح بقوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا واللام للاختصاص فيقتضي الاختصاص
… الانتفاع … دون اختصاص الواحد بشيء من ذلك …
مع الباقين … الانتفاع … جميعا … الاختصاص والجواب
عن حديث … فنقول ان المشركين ما كان اخذوا … بدليل قوله وكانوا اذا
… فلما … وقد … فيهم منه
انهم كانوا … الطريق … الاحراز لا يثبت الملك فلا يكون حجة علينا او نقول
… اخذوا … في الطريق قبل الاحراز بدار الاسلام
الا ترى انه قال … علينا لتنصرنا … لا يملك قبل الاحراز بدار
الاسلام فلا … قال عليه السلام لا ندري لعل … والجواب عن
معقولهم فنقول لا نسلم ان استيلاء الكفار ورد على مال محظور معصوم لان استيلاءهم
انما يتحقق على اموالنا بعد الاحراز بدارهم لان الاستيلاء عبارة عن الاقتدار على المحل
مطلقا على وجه يتمكن من الانتفاع في الحال ومن الادخار الى الزمان الثاني والاقتدار
بهذه الصفة لا يكون الا بعد الاحراز … ارتفعت العصمة لما قلنا فورد
الاستيلاء حينئذ على مال مباح لا على مال محظور … المسلم الذي … ثم لم يهاجر
الينا فلم يكن احد … لا يكون … لو فتحنا بلادهم وفيه مسلم لم
يهاجر الينا … الا ما كان … ضعيف
لان المال المباح في الاصل خلاف الادمي فانه خلق مالكا للاشياء محترما معصوما ولا
يرد علينا الاسترداد بالملك القديم لانه ليس لان الملك … بل لان المالك القديم احق
كالشفيع ليس له ملك في المبيع ولكنه احق من المشتري فيقدم عليه والباقي يعلم
في طريقة الخلاف ان شاء الله قوله المحظور لعينه اي بعد دار الاسلام وانتهائه
اي

لو فتحنا

اي بعد الاحراز بدار الحرب قوله والمحظور … المحظور …
من كل وجه وهو الباطل لا يكون سببا للملك … ايضا كالبيع بالميتة او الدم او الخمر
قوله لا يصلح سببا … لا يكون سببا قوله …
الخصم وذلك ان النهي … المشروع … قوله … الاستيلاء
ورد على المال قوله على منافاة الدليل … قوله … لكم ما في
الارض جميعا ان الدليل يقتضي الاباحة …
قوله ضرورة … الملك … قوله
لانه اي لان الاستيلاء قوله … الانتفاع …
يعني بالاخطار الى الزمان الثاني قوله …
اخوه جواب عن قول الخصم …
لعسه لكن … المالك ثم …
كان … في …
الثاني …
… البيع عند الاذان يوم الجمعة …
… قوله …
… قبل القسمة … وان وجد … القسمة اخذه بالقيمة
ان احبوا وهذا اللفظ … اي …
الكفار منا … الملاك قبل القسمة بغير شيء وبعد القسمة
بالقيمة … في الوجهين … الكفار عنه
وقد مر جوابه … في المسئلة المتقدمة ولان حق المالك القديم زال
بغير رضاه … حق الاخر … بغير شيء قبل القسمة لان الملك
في المغنوم عام … الغانمين … عليهم فلم يلتفت اليه … بغير شيء لان الملك
لما كان عاما لم … الملك … الاسترداد … الغانمين …

جارية من المغنم لم يثبت النسب لعدم الملك لعموم الشركة بخلاف ما بعد القسمة حيث
يأخذه بالقيمة لانه لو اخذه بلا شيء يتضرر المالك الجديد لانه اخذه عوضا عن نصيبه
الغنيمة فيضمن [illegible] حينئذ فلا اعتدال النظر للمالك القديم والجديد اثبتنا حق الاخذ
له بالقيمة **قوله** وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك واخرجه الى دار الاسلام
فمالكه الاول بالخيار ان شاء اخذه بالثمن الذي اشتراه به وان شاء ترك وهذا لفظ
المختصر [illegible] لان التاجر حصل له الملك بعوض فاذا اخذه المالك القديم بغير
شيء يتضرر [illegible] قلنا يأخذه المالك بالثمن ان شاء [illegible] ذكرنا حديث
تميم [illegible] والمعنى [illegible] الثمن [illegible] المشتري [illegible] ليسلم
كذلك [illegible] **قوله** ولو اشتراه بعوض يأخذه بالقيمة [illegible] ولزوم
[illegible] ولو اشتراه التاجر
بالعرض يأخذه المالك القديم بقيمة ذلك العرض لانه كيلا يتضرر التاجر وكذلك
[illegible] المالك القديم بالقيمة [illegible] يحصل له [illegible]
[illegible] العوض [illegible] الملك [illegible] بالعوض [illegible]
بالعوض لان المكافاة مقصودة بدليل [illegible] جابر [illegible] رسول الله صلى الله عليه وسلم [illegible]
[illegible] لم يستطع [illegible] المكافاة
بالدعاء [illegible] لو كان في ذلك المغنوم مثليا كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون يأخذه
المالك القديم [illegible] ولا يأخذه [illegible] لانه لو اخذه [illegible] بالمثل ولا
فائدة فيه [illegible] وكذلك [illegible] المالك القديم لعدم الفائدة
قوله [illegible] **قوله** وكذا اذا كان مغنوما
مثله قدرا ووصفا [illegible] المالك القديم ايضا اذا كان اخذه الكفار [illegible] واحرزوه
[illegible] قدرا ووصفا لانه لا فائدة في ان يعطي عشرة [illegible] جياد
ويأخذ عشرة [illegible] ويعطي عشرة [illegible] جيدة [illegible] ويأخذ عشرة [illegible]
[illegible] الا اذا اشترى [illegible] بخلاف الجنس والا اذا اشترى [illegible] منه

حينئذ

حينئذ يكون للمالك القديم اخذه بمثل ما اشترى لوجود الفائدة ولا يكون [illegible]
[illegible] القديم ملكه لكن اعطى المشتري ثمن المبيع دفعا للضرر عنه **قوله** فان اسروا
عبدا فاشتراه رجل واخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه واخذ ارشها فان المولى
يأخذه بالثمن الذي اخذه به من العدو وصورة المسالة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي
حنيفة في عبد لرجل اسره العدو فاشتراه رجل من المسلمين فاخرجه ففقئت عينه
فاخذ المولى ارشها ثم جاء المولى الاول [illegible] يأخذ العبد بالثمن الذي اخذه من العدو
واصله ان الكفار [illegible] [illegible] ثم اذا اشترى
رجل عبدا ماسورا من العدو صح شراؤه فاذا صح شراؤه صح ملكه في العبد لكن للمالك
القديم حق اخذ رقبة العبد ان شاء بالثمن الذي اشتراه المشتري [illegible]
طرفه [illegible] هذا ولانه لو اخذه [illegible] المشتري [illegible]
لكن ليس للمالك القديم ان يأخذ الارش لانه [illegible]
ملكه **والارش** حصل [illegible] المشتري [illegible]
اخذ الارش [illegible] ولا فائدة فيه لان الارش [illegible]
بيد المشتري [illegible] لم يكن للمالك القديم [illegible] القيمة [illegible] الفائدة
[illegible] **الارش** [illegible]
شيئا من الثمن بسبب فقء العين لان العين [illegible] الوصف [illegible]
في الذات [illegible] من الثمن وقد فات الوصف [illegible]
لا يسقط شيء من الثمن لانه تابع [illegible] اشترى عبدا [illegible] عينه لا
يسقط شيء من الثمن بخلاف الوصف [illegible] الشفعة [illegible] من الثمن
ولهذا اذا استهلك انسان شيئا من بناء الدار التي فيها الشفعة يسقط من الشفيع حصته
لان المبيع للمالك [illegible] الشفيع [illegible] المشتري [illegible]
والوصف فيه مضمون لانه واجب الرد كما في الغصب [illegible] فان الملك
صحيح للمشتري من العدو [illegible] قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير

روي عن محمد ان المولى يسقط عنه حصته في الارش من الفدا فجعله بمنزلة الشفيع
انه يأخذه بالحصة اذا استهلك انسان شيا من البنا يقال فقات عينه اي
نخسها فهي مفقوءة **قوله** فلما قلنا اشارة الى قوله لانه يتصور نحا نا **قوله**
لان الملك فيه صح احترازا عن الشرا الفاسد فان الموهوب فيه مضمون اما هنا اي
في الزام المشتري من العدو **قوله** فانه قد تقرر اي الملك الصحيح والمشتري شرا فاسدا
وقد مر بيانه **قوله** وان اشتروا عبدا فاشتراه رجل بالف درهم واسروه ثانية
المرة ثانية وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة قال في العبد اسره اهل الحرب فاشتراه منهم رجل بالف درهم
ثم اسروه ثانية فاشتراه اخر بالف قال ليس للمولى الاول عليه سبيل حتى ياخذه المشتري
الاول من المشتري الثاني بالف لان الاسر للكفار واخذ في المرة الثانية بالقهر ملك
المشتري الاول بالثمن الذي اخذه به ثم ياخذه المولى القديم انشاء
من المشتري الاول بالفين ان شاء لانه قام عليه بالفين الثمن والفدا فان شاء
ترك وليس للمولى القديم ان ياخذه من المشتري الثاني لان الاسر ما ورد على ملكه
سبيل الا لمشتري الثاني فوهبت كذا هنا **قوله** وان اسروا اي اسروا الكفار
قوله قائم عليه اي على المشتري الاول الثاني ثمن الثاني وهو المشتري الاول **قوله**
ليس للاول ان يأخذ الاول وهو المالك القديم **قوله** بحال حضرته اي حضرة
الماسور من الثاني وهو المشتري الاول **قوله** ولا يملك علينا اهل الحرب بالغلبة
مدبرينا وامهات اولادنا ومكاتبينا واحرارنا ونملك عليهم جميع ذلك وهذا اللفظ
القدوري في مختصره وفايدته ان المولى ياخذ هولاء بلا شي قبل القسمة وبعدها
وكذلك ان اشترى رجل واخذ ما ذكرنا من اهل الحرب بعد استيلايهم ياخذه المولى بلا
شي والاصل فيه ما ذكر في شرح الطحاوي ان كل ما يملك بالميراث يملك بالاستيلا
والاسترقاق والقهر والغلبة وكل ما لا يملك بالميراث لا يملك بالاسر والقهر والغلبة
وهذا لان سبب التملك هو الاستيلا انما ينعقد سببا اذا اتصل بالمحل كما في ساير
الاسباب

الاسباب فلم يتصل فيما نحن فيه فلا يكون سببا فلا يصح تملكهم وذلك لان
الحر ليس بمحل للتملك لعصمته وكذا المدبر والمكاتب وام الولد ليسوا بمحل له لانهم استحقوا
الحرية ولهذا لا يصح ان يملكهم بالعقود وهذا معنى قوله لانه يثبت الحرية فيه من
وجه اي فيما سوى الحر لا يقال اذا ظهرنا عليهم نملك جميعهم حرا كان او مدبرا
او غير ذلك فينبغي ان يملكوا علينا ايضا كذلك من غير فرق بين الحر والمدبر والمكاتب
وام الولد وبين العبد القن لانا نقول الحربي يملكهم على بعضهم بالقهر والغلبة وان
كان حرا فلذا جاز تملكنا على احرارهم ولا يجوز تملكنا على احرارنا ومدبرينا
ومكاتبينا وامهات اولادنا بالعقود فلا يجوز تملكهم ايضا **قوله** من سواه
اي سوى الحر **قوله** ولا جناية من هولاء اي من هولاء المذكورين وهم المدبرون
وامهات الاولاد والمكاتبون والاحرار لم يوجد جناية الكفر فلم يستحقوا الرق
بخلاف اهل الحرب فانهم لما كفروا بالله العظيم واستنكفوا ان يكونوا عبيدا لله
جعلهم الله عز وجل ارقا صالحين للتملك بالاستيلا فكانوا عبيد عبيده جزاء
على صنيعهم الفاحش **قوله** واذا ابق عبد لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه
عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يملكونه وهذه من مسايل القدوري والحكم
في عبد الذمي كذلك وقيد المسلم اتفاقي لهما ان العصمة لحق المالك اذا وجد سببه وقد
وجد سبب التملك وهو استيلا اهل الحرب عليه فيملكونه ولهذا يملكون الابق
المتردد في دار الاسلام والعبد الماذون بالدخول في دار الحرب اذا اخذوه فيها في
بلادهم فصار استيلاؤهم عليه كاستيلايهم على الدابة المنفلتة اليهم ولابي حنيفة
ان العبد كما انفصل عن دار الاسلام ظهرت يده عليه والمراد بظهور يده كونه قادرا
على استعمال الالة وصرف منافعه الى حيث يريده في مصالحه فاذا ظهرت يد
العبد زالت يد المولى فاتت قدرته انتفاعه بالعبد للتنافي بين يد المولى ويد العبد
لان يد المولى عبارة عن القدرة على المحل تصرفا كيف شا ويد العبد كذلك
فمحال ان يكون المحل الواحد متصرفا الى الجهتين المختلفين فلما ظهرت يد العبد منع

ذلك بيد اهل الحرب بخلاف الدابة فانه لا يد لها تمنع يد اهل الحرب عن الاستيلاء
وبخلاف العبد الابق المتردد في دار الاسلام فانه في يد مولاه حكما لان
الاقتدار على المحل قايم بالطلب والاستعانة باهل الدار فلم يظهر يد العبد
بخلاف العبد الماذون بالدخول في دار الحرب لان يد المولى قايم حكما ايضا
لانه لما دخل باذن المولى صارت يده يد نيابة عن المولى اذ الظاهر انه يعود الى
دار الاسلام بخلاف الابق لانه لما ابق تمرد على مولاه وصار عاصيا ملك مولاه
كما انفصل عن دار الاسلام فلم يبق للمولى يد لا حقيقة ولا حكما فبطل القياس ثم
اذا لم يثبت ملك اهل الحرب على العبد ياخذه المولى الذي ابق العبد منه بلا شيء
سواء كان في هبة اهل الحرب لو اخذوا او اشتراه منهم او وجده المولى في الغانمين
قبل القسمة اما بعد القسمة فياخذ المولى عبده بلا شيء ايضا لكن يودي الغانم عوضه
من بيت المال ولا يعطي المشتري العوض لانه اشتراه بلا امر المولى فاذا كان الشراء
بامره يرجع عليه بما ادى وكذلك الموهوب له لا يعطي العوض فان قلت العبد
كما انفصل عن دار الاسلام يقع في يد اهل الحرب لانه ليس بين الدارين موضع اخر
فاين يظهر يد العبد اذا انفصل عن دارنا فلو كان يظهر يده لعتق كعبد الحربي اذا
اسلم والتحق بعسكر المسلمين قلت لا نسلم انه ليس بين الدارين موضع بل بين الدارين
موضع حاجز بينهما فاذا وصل العبد اليه ظهرت يده فمنع يد اهل الحرب وانما لم يعتق
لان من ظهور يده على نفسه لا يلزم زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه
صار عاصيا ملك المولى وجاز ان يوجد اليد بلا ملك كما في المغصوب والمشتري قبل
القبض فان الملك للمولى واليد لغيره بخلاف عبد الحربي اذا اسلم والتحق بعسكرنا
لانه استولى على مال الحربي وهو غير معصوم فيملكه فلما ملكه زال ملك المولى فلما
زال الملك عتق والباقي يعلم في طريقة الخلاف قوله لان سقوط اعتباره اي
اعتبار يد العبد قوله بخلاف المتردد اي بخلاف العبد الابق المتردد في دار الاسلام
اراد بالمتردد الذي يدور في دارنا قوله وليس له على المالك جعل الابق اي

ليس

ليس للغازي او التاجر او الموهوب له لان اعتقاد كل واحد منهم ان العبد ملكه
فيكون عاملا لنفسه لا للمولى القديم وانما ذكر هذه المسئلة تفريعا لمسئلة
القدوري قوله وان ند بعير اليهم فاخذوه ملكوه وهذا لفظ القدوري اي
ملكوه بالاتفاق لعدم يد وند البعير ينِد ندا ونُدودا اذا ذهب على وجهه
شاردا وهو من باب فعَل يفعِل بفتح العين من الماضي وكسرها من المستقبل قوله
للعجماء والعجماء البهيمة وانما سميت عجماء لانها لا تتكلم فكذلك كل من لا يقدر على الكلام
فهو اعجم ومستعجم ويقال صلوة النهار عجماء لانه لا يجهر فيها بالقراءة كذا في مجمل
اللغة قوله على ما ذكرنا اشارة الى قوله لانه ظهرت يده على نفسه بالخروج
من دارنا قوله فان ابق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون
ذلك كله الى اخره وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها في عبد ابق الى
دار الحرب بفرس ومتاع معه فاخذه المشركون فاشتراه رجل من المسلمين
وما معه من المال قال مولاه ياخذ العبد بغير شيء ويأخذ المال بثمنه ان شاء قال
ابو يوسف ومحمد ياخذ الكل بثمنه ان شاء قال فخر الاسلام والذي معه من الخواص
والاصل هنا ما بيناه في المسئلة المتقدمة وهو ان اهل الحرب لما ملكوا العبد كالفرس
عندهما اخذه المولى القديم من المشتري بالثمن ان شاء لانه احق بها وعنده لما
لم يملكوا الفرس والمتاع اخذ المولى العبد بلا شيء واخذ ساير الاموال التي كانت مع
العبد بالثمن ان شاء وهذا معنى قوله اعتبارا لحال الاجتماع بحال الانفراد يعني اذا
ابق العبد وحده كان الحكم فيه كذلك فكذلك اذا ابق ومعه فرس ومتاع فان قلت
سلمنا ان العبد لما ظهرت يده على نفسه دفع ذلك الايدي القاصرة عنه كما اذا ظهرت
بالكتابة ولكن كان ينبغي ان لا يملك اهل الحرب ما معه لان يد العبد استولى على ما في يده من
بديه قلت غاية ما في الباب ان يده ظهرت على نفسه بالانفصال من دار الاسلام
فلا يلزم من ظهور اليد ثبوت المالكية لان ما في يده مال معصوم لمسلم فلا يجوز تملكه
فيبقى الملك فيما في يد العبد كما كان لصاحب الملك فيملكه اهل الحرب بالاحراز لما استقصينا

عند قوله واذا اغلبوا على اموالنا فاحرزوها بدارهم ملكوها الا ترى ان الحر اذا
سبي ملك ما معه فهذا اولى **قوله** واذا دخل الحربي دارنا بامان فاشترى عبدا
مسلما وادخله دار الحرب عتق **عند ابي** حنيفة وقالا لا يعتق وهذه من
مسايل الجامع الصغير **اعلم** ان الحربي المستامن اذا اشترى عبدا مسلما جاز
ويجبر على البيع لانه لا يجوز ان يبقى المسلم في ذل الكافر لان الاسلام يعلو ولا يعلى
وعند الشافعي لا يجوز بيعه اصلا فاذا اخرجه عن دار الاسلام عتق عند ابي
حنيفة خلافا لصاحبيه لهما ان البيع كان متعينا للخلاص عن الذل فاذا انتهى الى دار
الحرب تعذر الاجبار على البيع لعجز الامام عن ذلك فلا يعتق لانه لو اخذه من دارنا فاحرزه
بدارهم ملكه فلا يعتق وهنا اولى ان لا يعتق لانه ملكه في دار الاسلام واحرزه بدارهم
ولابي حنيفة ان تخليص المسلم عن ذل الكافر امر واجب الوجوب الا ان قيام الامان
في دار الاسلام اوجب تقويم ماله فتعين الاجبار على البيع ما دام في دارنا فاذا انتهى
الى دارهم تعذر الاجبار على البيع فاقيم شرط زوال الملك في الجملة وهو تباين الدارين
مقام علة زوال الملك وهي الاعتاق عند العجز عن العلة تخليصا للمسلم عن اهانة الكافر
كما اقيم **انقضا** ثلث حيض وهو شرط البينونة في الطلاق الرجعي مقام علة
البينونة وهي عرض القاضي الاسلام تفريقه بعد الاباء لعجز القاضي عن
حقيقة العلة فيما اذا اسلم احد الزوجين في دارهم يلزمها ان يعتد ثلث
حيض من بعد ذلك والجواب عما قالا فنقول انما لا يعتق الذي اخذه الحربي
من دار الاسلام فاحرزه بدارهم لان المولى ان ياخذه اما هنا فلا حق له فيه
قوله واذا اسلم عبد لحربي ثم خرج الينا او ظهر على الدار فهو حر وهذه من
مسايل الجامع الصغير ولفظ المختصر واذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين
فهم احرار والاصل فيه ما روي ان عبيد اهل الطايف خرجوا الى النبي صلى الله
عليه مسلمين فطلب المسلمين قسمتهم فقال النبي صلى الله عليه هم عتقاء الله تعالى
وروى صاحب السنن باسناده الى علي ابن ابي طالب رضي الله عنه قال خرج
عبدان

عبدان الى رسول الله يوم الحديبية قبل الصلح فكتب اليهم مواليهم قالوا يا محمد
والله ما خرجوا اليك رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال
ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب رسول الله وقال ما اراكم تنتهون
يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا فابى ان يردهم
وقال هم عتقاء الله فعلم بهذا ان العبد اذا خرج مراغما لمولاه يكون حرا وكذلك
اذا ظهر على دارهم بعد اسلام العبد يكون حرا لانه لما التحق بمنعة المسلمين
صار كانه خرج الى دار الاسلام ولا يكون عبدا للغزاة لانهم يحتاجون الى ان
يملكوه بالاحراز وهو يحتاج الى ان يحرز نفسه لينال شرف الحرية واحرازه
اسبق من احرازهم فصار اولى لانه صاحب يد نفسه لكنه يحتاج الى ما
يؤكد يده بمنعة المسلمين وهم يحتاجون الى اثبات اليد ابتداء فكان اعتبار
يده اولى قال في شرح الطحاوي ولا يثبت الولاء من احد لان هذا عتق حكمي
وان لم يخرج الينا ولم يظهر على الدار لم يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع من مسلم
او كافر عتق العبد قبل المشتري البيع او لم يقبل لان العبد استحق حق العتاق بالاسلام
لكنا نحتاج الى سبب اخر لزوال ملكه عنه ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه فلان
يكون راضيا بزواله الى عتق اولى لان غيره لم يستحق حق الزوال وعبده استحق
الزوال الى هنا لفظ شرح الطحاوي **قوله** او ظهر على الدار اي على دار الحرب
وظهر على صيغة المبني للمفعول من قولك ظهرت على الرجل اذا غلبته **قوله** روي
ان عبيدا من عبيد الطايف اسلموا وخرجوا فقال الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع
الصغير كانوا **سبعة** اعبد او سبعة **قوله** احرز نفسه بالخروج الينا مراغما
لمولاه او بالالتحاق بمنعة المسلمين في **لف** ونشر اعني انه احرز نفسه بالخروج
فيما اذا خرج الينا وبالالتحاق فيما اذا ظهر على الدار ومعنى قوله مراغما لمولاه اي
مغاضبا يقال راغم فلان قومه مراغمة اذا خرج عنهم وسنهم كذا في الجمهرة والمراغم
المذهب والمهرب في قوله تعالى يجد في الارض مراغما كثيرا **وقال** لطود ثلاث باركانه

عن بن المراغم والمهرب وقال بعضهم المراغم الموضع يلتجي اليه الخايف كذا
في مجمل اللغة وانما قيد بخروجه مراغما لانه اذا خرج طايعا لمولاه تباع
وثمنه للحربي وعليه نص الحاكم الشهيد في الكافي بقوله واذا بعث الحربي
عبدا له تاجرا الى دار الاسلام بامان فاسلم العبد ههنا بيع وثمنه للحربي وذلك لانه
لم يغلب على رقبته

باب المستامن

لما نوع عن باب الاستيلاء وهو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في باب
الاستيمان لان طلب الامان انما يكون حيث يكون فيه قهرا وقدم استيمان المسلم تعظيما
له **قوله** واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من اموالهم
ولا من دمائهم وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فان غدر بهم اخذ
شيا وخرج به ملكه ملكا محظورا ويؤمر ان يتصدق به الى هنا لفظه وهذا
لانهم انما مكنوه من الدخول في دارهم بعقد الاستيمان بشرط ان لا يتعرض لشيء من
دمائهم واموالهم فاذا تعرض لذلك كان غدرا والغدر حرام لما روى محمد
في اول كتاب السير الصغير عن ابي حنيفة عن علقمة ابن مرثد عن عبد الله بن
بريدة عن ابيه قال كان رسول الله صلى الله عليه اذا بعث جيشا او سرية اوصى
صاحبهم بتقوى الله في خاصة نفسه واوصاه بمن معه من المسلمين خيرا ثم قال
اغزوا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا
تقتلوا وليدا الحديث فيه طول وروى صاحب السنن باسناده الى ابن عمر رضي الله عنهما
ان رسول الله صلى الله عليه قال ان الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال
هذه غدرة فلان ولكن مع هذا لو غدر التاجر بهم واخذ اموالهم واخرجها بدار الاسلام
ملكها ملكا محظورا لان الحظر لا ينافي ثبوت الملك الا يرى ان اموالنا محظورة عليهم
ان يملكوها ثم اذا احرزوها بدارهم واستولوا عليها ملكوها فنحن اولى بان نملك
اموالهم لانها مباحة لا عصمة لها فلما ثبت الحظر في الملك بسبب الامان اورث ذلك
خبثا فامر بالتصدق لان المال الخبيث حقه التصدق الا اذا غدر ملكهم بالتجار
او غير

او غير الملك بعلمه ولم يمنعه فحينئذ لا يكون اخذ التجار باموالهم غدرا لانهم هم الذين
نكثوا العهد فنقلوا الغدر ولذلك لا يكون اخذ الاسير المسلم غدرا وان كان منطلقا
العيان عندهم لانه لم يوجد الاستيمان صريحا فلم يلزم الغدر ثم لو غدر التاجر بهم و
اخذ جارية يكره له وطيها وان احرزها بدارنا وكذا يكره وطيها للمشتري منه لقيام
الحظر في الملك بسبب الغدر بخلاف مشتري الجارية من مشتريها شراء فاسدا حيث
يحل له وطيها بعد الاستبراء لان الكراهة في حق المشتري الاول لقيام حق البايع
في الاسترداد وقد زال حقه ببيع المشتري من اخر فظهر الفرق والرواية
مذكورة في المبسوط وغيره **قوله** فالتعرض بعد ذلك اي تعرض المسلم بعد ان
ضمن ان لا يتعرض لهم **قوله** الا اذا غدر بهم ملكهم اي بالتجار ملك اهل الحرب
وهو استثنا من قوله يكون غدرا **قوله** فان غدر بهم اي الكفار **قوله** وهذا لان
الحظر لغيره لا ينافي انعقاد السبب اشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا يعني ان
مال اهل الحرب مباح في نفسه وانما الحظر جا لمعنى في غير المال وهو الامان فلا
يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء **قوله** على ما بيناه اشارة الى ما ذكره في
القدوري في اوايل باب الاستيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا
لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الاجل فما ظنك بالملك العاجل وقد مر تقريره
قوله واذا ادخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربي او ادان حربيا اخر وهذه
من مسايل المداينه في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في
المسلم يدخل دار الحرب بامان فادانه حربي دينا ثم خرج الحربي الينا مستامنا فاراد
ان ياخذه بدينه قال لا نقضي له بشيء وكذلك لو كان المسلم هو ادان الحربي وكذلك لو
ادان الحربي حربيا ثم خرجا مستامنين ولو خرجا مسلمين قضي بينهما جميعا
نصب بالدين لاحدهما على صاحبه الى هنا لفظه وذلك لانه لا ولاية
للقاضي وقت الادانة اصلا لا على المسلم المستامن ولا على الحربي وكذا لا ولاية
له وقت القضاء على الحربي المستامن لانه ما التزم ولاية عليه في معاملته قبلها

الج ٤

في دار الاسلام لا في معاملة فعلها في دار الحرب وهذه المعاملة وقعت في دار الحرب
فلما انتفت الولاية لم ينقض شي لانه لا قضاء بدون الولاية قال في شرح الطحاوي
ولكنه يفتي فيما بينه وبين الله تعالى ان يقضي وكذلك في الغصب لا يقضي لواحد منهما
على الاخر لان غصب احدهما مال صاحبه صادف مالا لا عصمة له في حقه وذلك
لان دار الحرب دار القهر والغلبة فاذا استولى احدهما على مال الاخر فقد ملكه ولا
حكم بالرد لثبوت الملك الا ان المسلم المستامن لما غصب مالهم صار ناقضا للعهد لاخذه
بغير طيبة انفسهم فيؤمر فيما بينه وبين الله تعالى ان يرده ليرتفع الغدر وكذلك
الحكم في الحربيين اذا ادان احدهما صاحبه او غصب احدهما مال الاخر ثم خرجا
الينا مستامنين لا يقضي بشي للمعنى الذي قلنا الا انهما اذا خرجا مسلمين
في المسلمين جميعا اعني في مسئلة المسلم مع الحربي وفي مسئلة الحربيين يقضي
بالدين ولا يقضي بالغصب لان كل واحد منهما ملكه وانما يقضي بالدين لان
الدين وقع صحيحا بالتراضي لكن لم يحكم بذلك لانقطاع الولاية فاذا اسلما وجب
الحكم به لقيام الولاية قوله فاذانه الادانة البيع بالدين والاستدانة
الابتياع بالدين قوله وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستامنين
اي لا يقضي بشي في صورة الادانة والغصب جميعا قوله فغصب حربيا اي مال
حربي على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه قوله ومراده الفتوى
يعني يفتي بالرد فيما بينه وبين الله تعالى ولا يحكم بالجبر والالزام قوله واذا دخل
مسلمان دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه الى اخره وهذه من مسائل الجامع
الصغير صورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجلين المسلمين دخلا
دار الحرب بامان فقتل احدهما صاحبه عمدا او خطا قال على القاتل الدية في
ماله وعليه الكفارة في الخطا ولا كفارة عليه في العمد وان كانا رجلين اسيرين فقتل
احدهما عمدا او خطا فلا شي عليه في العمد وفي الخطاء الكفارة وقال ابو يوسف
ومحمد عليه في العمد والخطاء الدية ايضا الى هنا لفظه قال فخر الاسلام ذكر قول
ابي يوسف

في مسئلة الاسيرين من الخواص اعلم ان احد المسلمين المستامنين اذا قتل صاحبه في
دار الحرب عمدا لا يجب القصاص لوجهين احدهما ان القصاص لا سبيل الى استيفائه
الا بالامام ومنعة المسلمين وذلك معدوم في دار الحرب والثاني ان دخول
المسلم في دار الحرب ان كان للسكنى يبطل عصمته فلما وجد اصل الدخول كان شبهة
فسقط القصاص لانه تندرئ بالشبهات ثم لما سقط القصاص للشبهة وجبت
الدية لانه كان من اهل دارنا وانما وجبت الدية على القاتل لا على العاقلة لا يعقل العمد والكفارة
عليه في هذه الصورة لانه لا كفارة في العمد عندنا ولو كان القتل خطا تجب الدية في ماله
والكفارة وانما وجبت الدية والكفارة لان المقتول من اهل دارنا لانه مستامن
في دارهم وهو بسبيل من الخروج والحكم في اهل دارنا كذلك وانما لم تجب الدية على العاقلة
لعدم تقصيرهم في الحفظ لانه لا قدرة لهم على حفظ القاتل مع تباين الدارين ووجب
الدية عليهم لترك الحفظ اما اذا كان المسلمان اسيرين في دارهم فقتل احدهما الاخر فعند
ابي حنيفة لا شي على القاتل الا انه تجب الكفارة في الخطا وعندهما تجب الدية في مال
القاتل في العمد والخطا جميعا لكن في الخطا تجب الكفارة ايضا وسقوط القصاص في
العمد لما قلنا في المسئلة الاولى اما وجوب الدية عندهما فلان الاسير من اهل دارنا
الاصل وقراره في دارهم على شرف الزوال لانه يمكن ان يتخلص عنهم اما بالهرب واما
بشرا المسلم او فداه فكان حكمه حكم المستامن واحد المستامنين اذا قتل الاخر ثمه
تجب الدية في ماله فكذا اذا قتل احد الاسيرين الاخر ولابي حنيفة ان الاسير مقهور
محبوس في دارهم فكان تابعا لهم ولهذا يتبعهم في السفر والاقامة فصار حكمه
حكم من اسلم ولم يهاجر الينا ولا تجب بقتله الدية فكذا في قتل الاسير والجامع كونهما
مقهورين في ايديهم متوطنين في دارهم وانما لم تجب الدية في الذي لم يهاجر عندنا خلافا
للشافعي لقوله تعالى وان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة بيانه ان
الله تعالى جعل جزاء مقتول مؤمن من قوم عدو الكفارة والجزاء اسم لما يقع به
الكفاية فلا تجب شي اخر وهذا الذي ذكرناه هو المشهور عن ابي يوسف وقال

في مختصر الكرخي قال بشر عن ابي يوسف في الاسرى والتجار منهم سواء ان قتل منهم رجل رجلاً
عمداً قتلته وان كان خطأ فعلى عاقلته **قوله** فعلى القاتل الدية في ماله في العمد والخطأ **قوله**
فلان الكفارة الكتاب المراد به قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة **قوله** لمنعه
يقال منع بضم النون منعة اذا صار منيعا وفلان ذو منعة اي عز يمتنع على من يريده **قوله**
والوجوب عليهم على اعتبار تركها اي وجوب الدية على العاقلة على اعتبار ترك الصيانة
قوله على ما بيناه اشارة الى قوله لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا يبطل
بعارض الدخول بالامان **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لان العواقل لا يعقل العمد
قوله بالاسر صار تبعا لهم والاصل غير مضمون فكذا التبع **قوله** ولهذا يصير مقيما
ايضاح لقوله صار تبعا **قوله** فيبطل به الاحراز اصلا اي بطل بالاسر الاحراز بدار
الاسلام فلما بطل الاحراز لم يثبت العصمة المقومة فلم تجب الدية لانها بناء على تلك
العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهي بالاسلام

فصل

واذا دخل الحربي الينا مستأمنا لم يمكن ان يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام
ان اقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية وهذه مسئلة القدوري والاصل هنا ان الامام
لا يترك الحربي المستأمن ان يطيل المكث في دارنا كيلا يطلع على عورات المسلمين فيدل الكفار عورات
عليها وانما تجوز له اطالة المكث بقبول الجزية او الاسترقاق ولهذا يتقدم اليه الامام
ويقول ان اقمت السنة وضعت عليك الجزية فاذا اقام بعد تقدم الامام اليه
صار ذميا لانه لما اقام تلك المدة بعد التقدم صار ملتزما للجزية فيستأنف
عليه الجزية لحول بعده الا ان يكون شرط عليه انه ان مكث سنة اخذ منه الجزية
فيأخذها منه حينئذ كذا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير **وانما** يمكن المستأمن
في دارنا من المكث اليسير لقوله تعالى وان احد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع
كلام الله ثم ابلغه مأمنه ولان في منع هذا القدر مضرة على المسلمين لانقطاع
السبل وقطع الميرة والجلب فجاز ذلك نفعا لحاجة المسلمين واقامة لمصلحتهم
فقدرنا ذلك بما دون السنة لان السنة مدة تجب فيها الجزية فلا يجوز ان يمكن الحربي
في دارنا

في دارنا مدة الجزية بلا جزية لانه ترك مصلحة المسلمين ثم اذا عاد الى دار الحرب
قبل تمام المدة فلا سبيل عليه فاذا اراد العود بعد تمام المدة فلا يترك ان
يعود لانه صار ذميا حيث اقام مدة مضروبة عليه والذمي لا يجوز رجوعه
الى دار الحرب وللامام ان يضرب المدة على حسب ما يرى من المصلحة شهرا او نحو عون
ذلك كذا قالوا **قوله** عينا لهم وعونا علينا والعين جاسوس القوم كذا في الجمهرة
والعون الظهير على الامر والجمع اعوان **قوله** لان في منعها قطع الميرة اي في
منع الاقامة اليسيرة والميرة بكسر الميم وسكون الياء الطعام يمتاره الانسان
فاما المئرة بالهمزة فهي النميمة قال في الجمهرة وكل شيء اجلبته من ابل او خيل
وسائر ذلك من الحيوان للتجارة فهو جلب وهو بفتحتين **قوله** فلا سبيل عليه
اي على المستأمن يعني لا يمنع من ان يرجع الى دارهم قبل تمام السنة **قوله** لما قلنا
اشارة الى قوله لانه لما اقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما الجزية
قوله لا يترك اي الامام **قوله** حربا علينا يقال فلان حرب فلان اي محاربه **قوله**
واذا دخل الحربي دارنا بامان واشترى ارض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو
ذمي وهذه من مسائل المعادة في الجامع الصغير **اعلم** انه لا يكون ذميا بمجرد الشراء
والزراعة حتى لو باع الارض قبل وجوب الخراج لا يكون ذميا وبه صرح الكرخي
في مختصره وشمس الائمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط **قوله** وانما يصير ذميا
اذا وضع الخراج على الارض فيؤخذ منه الجزية لسنة مستقبلة من وقت وضع الخراج
قال فخر الاسلام معنى قول محمد اذا وضع عليه الخراج اي وظف عليه لانه اذا
وظف عليه فقد لزمه حكم يتعلق بالمقام في دارنا فصار من ضرورته ان يكون ذميا **قال**
فخر الاسلام كذلك لو لزمه عشر في قياس قول محمد اذا اشترى ارضا عشرية يعني يكون
ذميا ايضا لانها جميعا من مؤن الارض ولو اشترى الحربي ارض العشر صارت ارض
خراج في قول ابي حنيفة فيكون ذميا اذا وجبت عليه فيها الخراج وهي وارض
الخراج واحد في قول ابي حنيفة كذا ذكره الكرخي في مختصره **قال** واذا استأجر

الحربي ارض خراج فزرعها وخراجها على صاحبها لا يكون ذميا الا اذا كانت ارضا
بالمقاسمة بنصف ما تخرج فزرعها الحربي ببذره فحكم الامام بالخراج عليه دون
صاحب الارض فيكون ذميا فيوضع عليه خراج راسه ولا ينظر الى ملك الرجل بل الى
وجوب الخراج ولهذا اذا اشترى الحربي ارض خراج بالمقاسمة فاجرها من مسلم
او ذمي فاخذ الخراج من المستاجر على ما راه الامام فان الحربي لا يصير ذميا **قوله**
فاذا التزمه اي التزم الحربي الخراج الارض **قوله** من وقت وجوبه اي وجوب الخراج
قوله وقوله في الكتاب اي قول محمد في الجامع الصغير وهو مبتدا وخبره قوله تصرخ
قوله فيتخرج على صيغة المبني للفاعل يقال اخرجته فتخرج اي تخرج على شرط
الوضع احكام جمة اي كثيرة والجم الكثير من كل شيء **قال الشاعر** ان يغفر اللهم
فاغفر جما اي عبد لك لا الما والمراد من تلك الاحكام المنع من الخروج الى
دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان في اتلاف
خمره وخنزيره ووجوب الدية في قتله خطا فلا يغفل عنه اي عن شرط الوضع
لانه انما يثبت تلك الاحكام بعد وضع الخراج لا قبله **قوله** واذا دخلت حربية
بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية وهذه من مسايل الجامع الصغير مع التي تليها
اعلم انها اذا تزوجت ذميا تصير ذمية تجري عليها احكام اهل الذمة بعد ذلك
من نحو المنع عن الخروج الى دارهم واخذ الخراج من ارضها وما يشابه ذلك مما
ذكرنا واذا تزوج الحربي ذمية لا تصير ذميا وذلك لان المراة تابعة لزوجها
في المقام والزوج ليس بتابع لها فيه فيكون المراة ذمية لالتزام المقام في دارنا
دون الزوج واوضح الفقيه ابو الليث في شرحه للجامع الصغير بقوله الا ترى ان
الزوج والمراة اذا كانا مسافرين فنوى الزوج الاقامة صارت المراة مقيمة
ولو نوت المراة لا تصير الرجل مقيما **قوله** ولو ان حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد
الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم او ذمي او دينا في ذمتهم فقد صار دمه
مباحا بالعود الى الاخرة وهذه من مسايل القدوري وصورتها في الجامع الصغير
محمد

عن يعقوب عن ابي حنيفة في حربي يدخل دارنا بامان فيودع رجلا الف
درهم ويقرضه الف درهم ثم يلحق بدار الحرب فيوخذ اسيرا قال الوديعة
فيء ويبطل القرض عن الذي هو عليه وكذلك ان ظهر على الدار وقتل فان قتل ولم
يظهر على الدار فالوديعة والقرض لورثته والمسئلة الاخيرة من الخواص وقال
الشافعي يكون الوديعة لورثته وفي الرتوب قولان احدهما انه لورثته
والاخر انه مغنوم **لنا** ان نفسه صارت مغنومة فكذا ما كان تابعا له وهو
الوديعة لان يد المودع يده تقديرا بخلاف القرض فان يده عليه بواسطة
المطالبة وبطلت مطالبته بعد الاسر والقهر واختص به من عليه لانه احق
من العامة لسبق يده فسقطت الديون لعدم الطالب **اما** اذا قتله انسان ولم
يظهر على الدار فالوديعة والقرض لورثته لانه لما لم يصر نفسه مغنومة لم يصر ماله
مغنوما ايضا لان الامان في حق المال باق فيرد على ورثته وقتله وموته سواء
ولا يقال ينبغي ان يكون وديعته فيئا في هذه الصورة كما في الاولى كما اذا اسلم في دارنا
وله وديعة في دارهم عند حربي او مسلم او ذمي لم يظهر على الدار فانه يكون فيئا لانا نقول
الوديعة في دارهم ليست كالوديعة في دارنا لان دارهم ليست بدار العصمة ودارنا
دار العصمة فكانت الوديعة معصومة في دارنا وقت الايداع فبقيت كما كانت
فان قلت ينبغي ان يكون الوديعة في الصورة الاولى لورثته كما قال الشافعي
كما اذا مات في دار الاسلام قلت اذا مات في دارنا مات في امان وماله في امان فكان
لورثته بخلاف ما اذا مات او قتل بعد الظهور على دارنا او اسر حيث زال الامان
عن دمه فكذا عن ماله فظهر الفرق **قوله** وما في دار الاسلام من ماله على خطر اي على
تردد ومنه التردد نحو التابع في قوله فان اسر او ظهر الى اخره وهذا لان قرضه
تسقط ووديعته يكون فيئا في صورة ويكون الجميع لورثته في صورة وقد مر التقرير
قوله وما اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال يصرف في مصالح
المسلمين كما يصرف الخراج اي قال القدوري يقال وجف البعير وجفا ووجيفا وهو

ضروب من مشي الابل وربما استعمل في الخيل واوجفت البعير اذا حملته على الوجيف
والاصل فيه قوله تعالى وما افاء الله على رسوله منهم فما اوجفتم عليه من خيل ولا ركاب
اي فلم يكن ذلك بايجاف خيل او ركاب منكم على ذلك يعني لم تحصل ذلك بخيلكم وسعيكم بل
بالقاء الرعب في قلوبهم ثم قال ما افاء الله على رسوله من اهل القرى فلله وللرسول ولذي
القربى واليتامى والمساكين وابن السبيل كيلا يكون دولة بين الاغنياء منكم اي
متداولا بين الاغنياء بينهم دون الفقراء ثم قال للفقراء المهاجرين ثم قال
والذين تبوءوا الدار والايمان من قبلهم وهم الانصار ثم قال والذين جاءوا من بعدهم
وهم المسلمون الى يوم القيامة فاستوعبتهم الاية فلم يبق احد من المسلمين الا كان له
فيها حق فيصرف في مصالحهم كالخراج والجزية في عمارة الرباطات والقناطر والجسور
وسد الثغور وكري الانهار العظام التي لا ملك لاحد فيها كجيحون والفرات
ودجلة ويصرف الى ارزاق القضاة والولاة والمحتسبين والمعلمين وارزاق المقاتلة و
الرصد الطريق عن اللصوص وقطاع الطريق وقال الشافعي يقسم ما اوجف عليه
المسلمون فاربعة اخماسه للنبي صلى الله عليه وخمسه يقسم كما يقسم خمس الغنيمة وخمس
الخمس للنبي في نصيبه بعد وفاته قولان في قول يصرف الى مصالح المسلمين وفي قول الى
المقاتلة وكذلك قال في الجزية وهو محجوج بالاية لانه اذا قسم لا يكون حق لساير
المسلمين بعد المهاجرين والانصار وايضا دولة بين الاغنياء وهو ايضا مخالف للاية
وقوله في الجزية خمس قياسا على الغنيمة مخالف للسنة والاجماع اما السنة فلان
النبي صلى الله عليه اخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران وفرض الجزية
على اهل اليمن على كل حالم دينارا فلم يكن في ذلك خمس بل كان ذلك بين جماعة المسلمين
واما الاجماع فلان هذا قول لم يقل به احد غيره الا ترى الى ما قال الشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره وهذا ما قاله احد قبله ولا بعده ولا في عصره فان قلت
حدث صاحب السنن باسناده الى الزهري عن مالك بن اوس ابن حدثان عن عمر قال
كانت اموال بني النضير مما افاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب
كانت

كانت لرسول الله صلى الله عليه خالصا ينفق على اهل بيته قوت سنة فما بقي جعله
في الكراع والسلاح عدة في سبيل الله قلت ليس فيه حجة للخصم لان معناه ان
يكون له التصرف خالصا كيلا يلزم المخالفة بينه وبين الاية التي تلوناها يدل على هذا
ما روى صاحب السنن باسناده الى عروة بن الزبير عن عايشة زوج النبي عليه السلام
انها اخبرته ان فاطمة بنت رسول الله صلى الله عليه ارسلت الى ابي بكر الصديق
يسالها ميراثها من رسول الله صلى الله عليه مما افاء الله عليه بالمدينة وفدك
ما بقي من خمس خيبر فقال ابو بكر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه قال
لا نورث ما تركنا صدقة انما ياكل ال محمد من هذا المال واني والله لا اغير شيا من
صدقة رسول الله صلى الله عليه عن حالها التي كانت عليها في عهد رسول الله فلاعملن
فيها بما عمل به رسول الله فابى ابو بكر ان يدفع الى فاطمة منها شيا فمعنى قوله انما
ياكل ال محمد من هذا المال اي ليس لهم ان يزيدوا على الماكل فان قلت الغنيمة خمس فيجب
ان يخمس الفيء ايضا لان كلا منهما كان مال المشركين رجع الى المسلمين قلت لا نسلم
ان القياس صحيح لوجود الفارق بين المقيس والمقيس عليه لان الفيء رجع بغير قتال
والغنيمة بقتال ولان الغنيمة حصلت بشيئين مختلفين احدهما الرعب الواقع على الكفار
بظهر المسلمين والاخر مباشرة الغزاة القتال فلما كان السبب مختلفا اجيف الاستحقاق
ايضا فوجب الخمس لمعنى الرعب واربعة الاخماس للغزاة لمباشرة القتال بخلاف الفيء فانه
حصل بسبب واحد وهو الرعب بظهر المسلمين لانه لم يوجد السعي من الغزاة فلم يتبعض
الاستحقاق فكان بين جماعة المسلمين قوله وهو مثل الاراضي التي اجلوا اهلها
عنها اي الذي اوجف المسلمون عليه من اموال اهل الحرب بغير قتال مثل الاراضي
التي اجلى المسلمون عنها قوله والجزية بالجر عطفا على قوله الاراضي اي مثل الاراضي
ومثل الجزية قوله وفي هذا اي وفيما اوجف المسلمون عليه ومعنى اجلوا اخرجوا
قوله وهو ما ذكرناه اشارة الى قوله لانه مال ماخوذ بقوة المسلمين بغير قتال
قوله واذا دخل الحربي بامان وله امراة في دار الحرب واولاد صغار وكبار

وما له اودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك
كله فيء وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة اعلم ان الحربي اذا خرج الينا ثم
اسلم فجميع ماله في دار الحرب وزوجته واولاده الصغار والكبار فيء اي غنيمة
اذا ظهر على الدار لان تباين الدارين قاطع للعصمة لقوله تعالى للفقراء المهاجرين الذين
اخرجوا من ديارهم واموالهم فصار فيئا اما الزوجة والاولاد الكبار فلعدم التبعية
بالبلوغ واما الاولاد الصغار فلانهم لما لم يكونوا في يده لتباين الدارين لم يمكن ان
يعتبروا مسلمين تبعا لابيهم فصاروا فيئا ايضا وكذا الجنين لانه تابع للام في الرق والحرية وكذا
وديعته في دار الحرب لانه حين فارق دار الحرب كان المال مال حربي غير معصوم فلما
اسلم في دار الاسلام الحرورة(?) فلم يثبت اليد عليها لا حقيقة ولا حكما فبقي المال غير معصوم فكان
فيئا اما اذا اسلم في دارهم ثم خرج الينا فجميع ماله فيء الا الاولاد الصغار وما كان
وديعة عند مسلم او ذمي كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي واما زوجته واولاده
الكبار فلانهم حربيون وكذا ما في بطنها لانه تبع للام والاولاد الصغار احرار مسلمون
تبعا لابيهم حين اسلم ابوهم ثمة حيث كانوا تحت يده فلا يكونون فيئا فكذا وديعته
عند مسلم او ذمي لا يكون فيئا لانه حين اسلم كانت تحت يد نايبه وهو المودع ويد نايبه
كيده تقديرا فلو كانت في يده لم يكن فيئا فكذا في يد نايبه بخلاف ما اذا كان غصبا
عند مسلم او ذمي حيث يكون فيئا لان يد الغصب ليست بمحقة بخلاف ما اذا كانت
الوديعة عند حربي لان يده ليست بمحترمة فكانت فيئا بالتقرير مر في باب
الغنايم فينظر ثمة قوله فاسلم ههنا اي في دار الاسلام قوله ثم ظهر على الدار اي
على دار الحرب قوله وكذلك ما في بطنها لو كانت حاملا لما قلنا اشارة الى ما قال
في باب الغنايم بقوله ولنا انه جزء منها فيرق برقها قوله واذا كان الصغير في يد
الاب قوله وكذا امواله لا يصير محرزة باحرازه نفسه يعني ان الحربي اذا احرز
نفسها باسلامه في دارنا لا يصير امواله في دار الحرب محرزة لتباين الدارين
قوله وما كان من ماله اودعه مسلما او ذميا فهو له اي للذي اسلم ثم خرج الينا ثم

ظهر

ظهر على دارهم وقيد بالايداع لان ما كان غصبا يكون فيئا على ما بينا من رواية الحاكم
بلا ذكر الخلاف لكن قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير اذا كان غصبا عند مسلم
او ذمي صار فيئا لعدم النيابة ثم قال وعند ابي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون فيئا الا ما كان
غصبا عند حربي قياسا على ما اذا اسلم ولم يهاجر الينا ثم ظهر على الدار حيث لا يكون
فيئا عندهما ما كان غصبا عند مسلم او ذمي لان عصمة المال تابعة لعصمة النفس وقد
استفاد باسلامه في النفس عصمة مؤثمة مانعة من الاستيلاء فكذا فيما هو
تابع له ولابي حنيفة ان هذا مال غير معصوم فصار فيئا كالعقار بيانه ان
المال في الاصل غير معصوم وانما عصمته بالاحراز الذي ثبت به العزة ولم يوجد
لانه لم يدخل تحت يد معصومة فاما النفس فعصمتها نوعان اصلية وعارضية فالاصلية
هي المؤثمة والدافعة لانه خلق حرا لحق الخلافة ومن ضرورته الحرية والعصمة
ولكن ذلك يبطل بعدوان الكفر فاذا عدم عادت العصمة الاصلية واما
العصمة المقومة فعارضة فلم تثبت الا بالاحراز وكل عصمة المال عارضة فلهذا
افترقا هذا تقريره واما العقار فعند الشافعي لا يكون فيئا وقد مر بيانه في باب
الغنايم قوله وما سوى ذلك اراد به المراة والاولاد الكبار والمال الذي غصبه
المسلم او ذمي او كان مودعا عند حربي قوله فلما قلنا اشارة الى قوله لانهم
حربيون كبار قوله واذا اسلم الحربي في دار الحرب فقتله مسلم عمدا او
خطا وله ورثة مسلمون هناك فلا شيء عليه الا الكفارة في الخطا وهذه من
مسايل الجامع الصغير وهي الرواية المشهورة عن ابي حنيفة وابي يوسف في الجامع
الصغير غيبة(?) وروي عن ابي حنيفة قال لا دية عليه ولا كفارة من قبل ان الحكم
لم يجري عليهم وعن ابي يوسف قال اضمنه الدية واجعل عليه في الخطا الكفارة
واستحسن ذلك وادع القياس والقياس ما قال ابو حنيفة كذا ذكر الكرخي
في مختصره وقال الشافعي عليه القود في العمد والدية في الخطا وجه قول الشافعي
قوله عليه السلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم ووجه ما

روى عن ابي يوسف انه يحقون الدم لاجل اسلامه وكونه في دار الحرب
لا سبي تقوم دمه كالتاجر وجه الظاهر قوله تعالى فان كان من قوم عدو
لكم وهو مومن فتحرير رقبة وكان ابو حنيفة ساق هذه الاية في الذين اسلموا
في دار الحرب ووجه الاستدلال بالاية ان الله تعالى ميز بين المومن من المطلق
وبين المومن الذي هو من قوم عدو لنا في حق الحكم المختص بالقتل فجعل الحكم في
الاول الدية والكفارة بقوله فتحرير رقبة مومنة ودية مسلمة الى اهله والثاني
الكفارة دون الدية بقوله تعالى فتحرير رقبة بيان هذا من وجهين احدهما انه
ذكر بحرف الفاء وهو للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا فاذا كان كافيا كان كل الموجب
ضرورة والثاني انه كل الحكم المتعلق بهذا القتل فلا يكون غيره مرادا بيانه
كل الحكم المتعلق انه كل المذكور وهذا ظاهر لانه لم يذكر غيره فلما كان كل المذكور كان
كل الحكم لان المقصد من بيان الشارع اقامة مصالح العباد اخراجه عن عهدة
الحكم المتعلق بالحادثة لا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بلا اخلال فثبت انه كل الحكم ولا
يكون غيره مرادا ولان السكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان فكان ذكر
التحرير والسكوت عن غيره بيانا على ان غيره ليس بمراد والمعقول في المسئلة ان
الكفارة وجبت جزاء للجناية على العصمة المؤثمة الثابتة بالاسلام واما الدية
فانما تجب باعتبار الجناية على النفس المعصومة بالعصمة المقومة والتقوم امر زايد
على اصل العصمة لانه من صفات العزة فلا يثبت الا بالاحراز بدار الاسلام وهذا لان
الاصل في العصمة المقومة المال لا النفس فلا يثبت التقوم في المال الا بالاحراز كما
في ساير الاشياء المباحة فلذا لا يثبت التقوم في النفس التي هي تابعة للمال في العصمة
المقومة الا بالاحراز ولم يوجد الاحراز فلا يثبت التقوم فلا تجب الدية لعدم التقوم
فاذا دخل دارنا فحينئذ يكون محرزا والسلطان وليه في القتل والصلح دون العفو فان قلت
لا نسلم ان المراد من قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مومن الذي لم يهاجر
الينا بل المراد منه الباغي فانه مومن من قوم عدو لنا والشافعي لا يوجب الدية في
قتل الباغي

قتل الباغي ايضا قلت المراد منه هو الذي لم يهاجر بالنقل عن ائمة التفسير
ونرد الطلاق اسم العدو على ذلك لان العدو المطلق لنا هو الكافر لا الباغي فان
الباغي ان كان من قوم عدو لنا من حيث الدنيا لكن من قوم اصدقاء لنا من حيث الدين
والدار الكافر عدو لنا دينا ودارا قوله وله ورثة مسلمون اي للحربي الذي اسلم في دار
الحرب قوله هنالك اي دار الحرب قوله فلا شيء عليه اي على القاتل المسلم قوله
لكونه مستحقا للكرامة اي لكون الاسلام يعني ان العصمة يثبت بها النعمة و
الكرامة فيتعلق بما له تاثير في استحقاق الكرامة وهو الاسلام لانه متشاكل
سعادة وكرامة فيتعلق العصمة المقومة به كالموثمة لا بالدار التي هي جماد لا اثر له
في استحقاق الكرامات قوله لحصول اصل الزجر بها اي بالموثمة قوله كان
اي اصل العصمة قوله فتعلق بما علق به الاصل اي تعلق الوصف وهي المقومة
بالاسلام الذي علق به الاصل وهي الموثمة فيثبت العصمتان جميعا بالاسلام
فيجب الكفارة والدية بقتل الذي لم يهاجر الينا قوله ولان العصمة الموثمة
بالادمية يعني ان الاصل في الادمي ان يكون معصوما وانما يبطل العصمة بعارض
الكفر فاذا انعدم الكفر بالاسلام عادت العصمة وانما كان الاصل ذلك
لانه خلق حر الرحق للخلافة صالحا لحمل التكليف وانما يتحقق هذا بكونه حرام
التعرض اذ لو كان مباح التعرض لم يتمكن من اقامة اعباء التكليف والمال
ليس كذلك فانه خلق في الاصل مباح التعرض وانما العصمة بعارض الاحراز و
التقوم في المال اصل دون النفس والاصل لا يثبت الا بالاحراز فلذا ما كان تابعا
وهو تقوم النفس وهذا لان التقوم لجبران الفايت وذلك مبني على التماثل اما
صورة ومعنى كما في ذوات الامثال او معنى كما في ذوات القيم اعتبار التماثل
صورة ومعنى او معنى لجبران الفايت لا يكون الا في المال فكان التقوم في المال اصلا ولا
يقال انه محرز بدار هو فيثبت العصمة المقومة لانا نقول العصمة من صفات
العز وهي بالمنعة ولا اعتبار لمنعة الكفر لبطلانها فلا يثبت العصمة قوله والقيام

بها اي باعباء التكليف اي باثقاله وهو جمع عبء وهو كل ثقل من غرم او غيره **قوله** والمرتد والمستامن في دارنا من اهل دارهم جواب سؤال مقدر بان يقال لو كان العصمة المقومة بدارنا وهما في دارنا لكان يجب في قتلهما الدية فاجاب عنه وقال انهما من اهل دار الحرب حكما لقصد الانتقال اليها فلم يجب شيء **قوله** ومن قتل مسلما خطا لا ولي له او قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة وهذه من مسائل الجامع الصغير وانما وجب الدية والكفارة لان ذلك حكم قتل المؤمن خطا لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله والمستامن لما اسلم صار من اهل دارنا فصار حكمه حكم سائر المسلمين والامام ياخذ ديتها ويضعها في بيت المال لانه الوارث اما اذا كان القتل عمدا فالامام بالخيار ان شاء قتل القاتل وان شاء اخذ الدية اذا رضي القاتل بالدية وليس له ان يعفو لما وجوب القصاص فلقوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له فاذا كان السلطان وليا كان له ولاية اخذ القصاص واما الصلح على الدية فلما روي ان عمر بن الخطاب لما قتل راى عبيد الله بن عمر رضي الله عنهما هرمزان وابن خنجو فظن انه هو الذي قتل عمر فقتله فلما ولي عثمان بن عفان قال علي بن ابي طالب لعثمان اقتل عبيد الله فقال عثمان قتل ابوه بالامس وانا اقتله اليوم لا افعل ولكن هذا الرجل من اهل الارض يعني هرمزان من اهل الحرب وانا وليه فاعفو عنه واودي ديته ولان الدية انفع للعامة من القود والحق للعامة والامام كالنائب عنهم فكان له ان يصالح على الدية وليس له ان يعفو بغير شيء لانه اصطباغ بالمعروف في حق غيره وليس له ذلك كالاب والوصي لان ولايته بطريق النظر ولا نظر في ابطال حق الغير بغير شيء واما اذا كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط او غيره خطا تجب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه لما قلنا واذا كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف الدية في ماله ولا اقتله به من قبل انه اعرف له وليا كذا ذكر الحاكم في الكافي وشمس الائمة

البيهقي

البيهقي في الشامل في قسم المبسوط وجه قول ابي يوسف انه لا يخلو عن ولي كالاب ونحوه ان كان ابن رشدة وكالام ان كان ابن زنية فاشتبه من له حق القصاص فلا يستوفى وجه قولهما قوله عليه السلام السلطان ولي من لا ولي له فيكون السلطان وليه لان اللقيط لا ولي له لان وليه مجهول والمجهول وجوده وعدمه سواء لانه لا ينتفع برايه فيستوفي **قوله** ومعنى قوله للامام ان حق الاخذ له يعني ان الدية على عاقلته للامام على معنى ان له ان ياخذها ويضعها في بيت المال لا انها يكون ملكا له **قوله** هو القود عينا اي القصاص معينا والله اعلم

باب العشر والخراج

لما ذكر ما يصير به الحربي ذميا شرع في بيان الخراج الذي يجب عليه وذكر العشر ايضا بسبيل التبعية لان سبب كل منهما الارض النامية وقدم العشر في الذكر لانه من الوظائف الواجبة على المسلمين وفيه معنى القربة فكان سبقه احق **قوله** ارض العرب كلها ارض عشر وهو ما بين العذيب الى اقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد ارض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان من الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان وهذه من مسائل القدوري قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره ارض العرب كلها ارض عشر وهي ارض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية **اعلم** ان حد ارض العرب اول العذيب والقادسية الى اخر حجر باليمن بمهرة طولا ومن يبرين والدهنا ورمل عالج الى مشارف الشام عرضا ومشارف الشام قراها وهي كلها ارض عشر لان النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء الراشدين بعده لم ياخذوا من ارض العرب الخراج والارض لا تخلو من احد الحقين فدل على انها عشرية ولان الخراج بمنزلة الفيء من حيث انه لا يبتدا به المسلم فلا يجوز وضع الخراج في ارضهم كما لا يجوز وضعه في رقابهم لان شرط وضعه اقرار اهل الارض عليها على الكفر ولا يقر العرب على الكفر لانه لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف ولهذا وضع عمر الخراج على السواد كله حين افتتح عنوة على يدي سعد

في خلافة عمر وكذا وضعه على مصر حين افتتحت صلحاً على يدي عمرو ابن العاص
وكذا وضعه على الشام حين افتتح عمر ابن الخطاب بيت المقدس ومدن الشام
كلها صلحاً دون اراضيها واما اراضيها ففتحت عنوة على يدي يزيد بن ابي سفيان و
شرحبيل ابن حسنة وابي عبيدة بن الجراح وخالد ابن الوليد فاما اجنادين
من الشام فقد افتتح صلحاً في خلافة ابي بكر رضي الله عنه ثم اعلم ان المراد
من السواد المذكور سواد الكوفة وهو سواد العراق وحده من العذيب الى
عقبة حلوان عرضاً ومن العلث الى عبادان طولاً وما قيل من الثعلبية الى
عبادان غلط لان الثعلبية من منازل البادية بعد العذيب بكثير اما سواد
البصرة فالاهواز وفارس والبصرة نفسها عشرية باجماع الصحابة وذكر الامام
ابو اسحق الفارسي القاضي المعروف بالاصطخري في كتاب المسالك والممالك
اما العراق فانها في الطول من تكريت الى عبادان على بحر فارس وفي العرض
ببغداد والكوفة من القادسية الى حلوان وعرضها بواسط من واسط الى
قرب الطيب وعرضها بالبصرة الى حدود جبى بيان اللغات اما العشر فهي احد الاجزاء
العشور والخراج اسم ما يخرج من غلة الارض او الغلام ثم سمي ما ياخذه السلطان
خراجاً فيقال ادى فلان خراج ارضه وادى اهل الذمة خراج رؤوسهم يعني الجزية
كذا ذكر المطرزي ومهرة قبيلة من اليمن اليها ينسب الابل المهرية كذا في ديوان الادب
والوزير اسم ماء لبني تميم والعلث بالعين المهملة المفتوحة واللام الساكنة
قرية موقوفة على العلوية على شرقي دجلة وهو اول العراق والعبادان
حصن صغير على شط البحر وباقي البيان مر في باب زكوة الزروع قوله قال
ارض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها اي قال القدوري في مختصره
والاصل فيه ان الامام اذا فتح بلدة عنوة له ان يقر اهلها عليها ويضع الخراج عليها
والجزية على رقابهم لكن يضع الجزية عليهم اذا لم يسلموا ويضع الخراج على الاراضي
اسلموا او لم يسلموا كما فعل عمر بسواد العراق فلما جاز اقرارهم على اراضيهم كانت
ملكا

ملكاً لهم يتصرفون فيها كيف شاؤوا بيعاً وغيره الى وقد مر تمام البيان في اول باب الغنائم
فينظر ثم واليه اشار في المتن لقوله وقد قدمناه من قبل وقال الشافعي يقسمها
ويخمسها ولا يقر اهلها عليها والحجة عليه فعل عمر رضي الله عنه حين فتح العراق
بحضرة الصحابة من غير نكير وقد مر الجواب عن انكار بلال في اول باب الغنائم
فان قلت المنقول لا يجوز فيه ترك القسمة فينبغي ان لا يجوز ذلك في غير
المنقول ايضاً لان كلا منهما مال مغنوم وفي ترك القسمة يلزم الضرر بالغانمين
قلت ليس في ترك القسمة في المنقول منفعة عائدة الى المسلمين فلم
يجز بخلاف تركها في غير المنقول حيث يكون فيه منفعة تعود الى المسلمين
وهي الخراج فجاز ترك القسمة في الارض كما في الرقاب قوله قال وكل ارض اسلم عليها
اهلها او فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهي ارض عشر اي قال القدوري في مختصره
ومعنى عنوة قسراً وقهراً وانما كان العشر فيها لان الحق المتعلق بها ابتداء في المسلم
يكون الا لتوجيه العشر لان فيه معنى العبادة بخلاف الخراج فانه ليس فيه
معنى العبادة او لان العشر اخف من الخراج لان العشر لا يجب ما لم يوجد الخارج
تخفيفاً بخلاف الخراج فانه يجب بالخارج تقديراً ايضاً بالتمكن من الزراعة وكذلك
المسلم اذا اتخذ داره كرماً او بستاناً فهي عشرية اذا كانت لا تسقى بماء الخراج فهي
خراجية وكذلك المسلم اذا احيى ارضاً ميتة باذن الامام وهي تسقى بماء السماء او بئر
عين استنبطها باذن الامام فهي ارض ميتة في ارض عشرية وكذلك اذا كانت تسقى من
نهر ياخذ من انهار العشر وعيونها وقنواتها فهي عشرية ولو كانت تسقى بنهر شق
لها من الانهار العظام التي ليست بملك لاحد كجيحون والفرات ودجلة وغيرها
ففيه روايتان في رواية عشرية وفي رواية خراجية وذكر الكرخي في مختصره
انها عشرية كذا ذكر في شرح الطحاوي قوله قال وكل ارض فتحت عنوة فاقر
اهلها عليها فهي ارض خراج وكذا اذا صالحهم وذلك لان الحق المتعلق بها ابتداء به
الكافر والخراج اليق به لان فيه معنى العقوبة ولان فيه تغليظاً لوجوبه

بالتمكن من الزراعة وكان القياس على هذا ان يكون مكة خراجيه لانها فتحت عنوة
واقر اهلها عليها على ما مر بيان ذلك في اول باب الغنايم لكن لما لم يوظف رسول الله
صلى الله عليه الخراج اعتبرت عشريه وكذلك المسلم اذا احيى ارضا ميتة وهي تسقى من
نهر من انهار الخراج فهي خراجية وكل ارض تسقى من عين او نهر او قناة او بير استنبط
من مال بيت المال فهي ارض خراج وكذلك الذمي اذا احيى ارضا ميتة او نفح له الامام ارضا
من الغنيمة وقد كان قاتل مع المسلمين او اتخذ داره كرما او بستانا فهي خراجية كذا في شرح
الطحاوي وقد مر بيان الذمي اذا اشترى ارضا عشرية في باب زكوة الزروع والثمار وبيان
الما العشري والخراجي مر في ذلك الباب اعلم ان فتح السواد والشام ومصر قد
بيناه قبل هذا واما خراسان ومرو ونكان فتحهما في خلافة عثمان ابن عفان
صلحا على يدي عبد الله ابن عامر ابن كريز واما ما وراها فانه افتتح بعد عثمان على
يدي سعيد ابن عثمان ابن عفان المعونة صلحا سمرقند وكش ونسف وبخارا وبعد ذلك على
يدي المهلب ابن ابي صفرة وقتيبة بن مسلم واما الري فان ابا موسى افتتحها في
ولاية عثمان صلحا واما طبرستان ففتحها سعيد ابن العاص في ولاية عثمان صلحا
ثم فتحها عمر بن العلاي والطالقان ودنباوند سنه سبع وخمسين ومايه واما
جرجان فافتتحها يزيد ابن المهلب في خلافة سليمان ابن عبد الملك سنه ثمان وتسعين
واما كرمان وسجستان ففتحها عبد الله ابن عامر في خلافه عثمان صلحا واما
الجبل فافتتح كله عنوة في وقعة جلولا ونهاوند على يدي سعد والنعمان ابن مقرن
واما الاهواز وفارس واصبهان فافتتحت عنوة لعمر على يدي ابي موسى وعثمان
ابن ابي العاص وقتبة ابن غزوان وكانت اصبهان على يدي ابي موسى خاصة
واما الجزيرة فانها فتحت صلحا على يدي عياض ابن غنم والجزيرة ما بين الفرات
ودجله والموصل من الجزيرة واما هجر فانهم ادوا الجزية الى رسول الله صلى الله
عليه وكذلك دومة الجندل واما اليمامة فافتتحها ابو بكر رضي الله عنه
واما ارض الهند فافتتحها القسم ابن محمد الثقفي سنة ثلث وتسعين كذا ذكر الفقيه

قوله

قوله وفي الجامع الصغير كل ارض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار الى اخره في
لفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنهم قال كل ارض فتحت
عنوة بالقتال والحرب فصارت ارض خراج وكل شي يصل اليها ماء الانهار فهي
ارض الخراج وكل شي لم يصل اليها ماء الانهار فاستخرج فيه عين فهي ارض عشر والارض
التي اسلم عليها اهلها فهي ارض عشر وهذه الجملة مذكورة في كتاب
الزكوة في الاصل وتفسيره ما ذكره الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير بقوله
ولو كانت البلدة خراجية فاحيى رجل في بعض النواحي فان سقاها من عين استنبطها
او من ماء السما فهي عشريه وان سقاها من الانهار الصغار فهي خراجية وان سقاها
من الانهار العظام فقد روي عن محمد في هذا روايتان في رواية ابي سليمان يكون
خراجية وتجعلها تابعة للبلدة وفي رواية هشام عن محمد يكون عشرية لان هذا
مباح فصار كماء السما الى هنا لفظ الفقيه والاصل في هذا ان العشر والخراج يتعلقان
بالارض النامية ونماؤها بالماء فلهذا اعتبر الماء العشري والخراجي سواء اقر عليها
اهلها او قسمت بين الغانمين قوله ومن احيى ارضا مواتا فهي عند ابي يوسف معتبرة
بحيزها فان كانت من حيز ارض الخراج ومعناه بقربها فهي خراجية وان كانت
من حيز ارض العشر فهي عشرية وهذه الاخر من مسايل القدوري والمراد من
قوله ومن احيى ارض المسلم فان الذمي اذا احيى ارضا مواتا يكون خراجيه على ما ذكرنا
من رواية شرح الطحاوي قبل هذا اعلم ان ابا يوسف يعتبر في احياء الارض بالحيز
فان كان الحيز خراجيا يجعلها خراجية وان كان عشريا يجعلها عشرية وكان
القياس على هذا ان يكون البصرة عنده خراجية لكونها من حيز ارض الخراج وان
احياها المسلمون الا ان القياس ترك بالاجماع الصحابة على توظيف العشر عليها
وقال محمد ان احياها بعين استنبطها او بير حفرها او بماء دجلة او الفرات
او الانهار العظام التي لا يملكها احد فهي عشرية وكذا اذا احياها بماء السماء وان
احياها بماء الانهار التي حفر الاعاجم كنهر الملك ونهر يزدجرد فهي خراجيه وجه

قوله قال ابو يوسف ان حيز الارض له حكم الارض الا ترى ان احياءها قرب من العامر
لا يجوز لكونه في حكم العامر وهذا بعطي لفناء الدار حكم الدار في الانتفاع به لصاحبها
وان لم يكن الفناء ملكا له فلما كان كذلك وجب اعتبار الارض المحياة بالحيز خراجيا
كان او عشريا وجه قول محمد ان النماء للارض يحصل بالماء فيعتبر الماء وقد مر
تقويره ولان الخراج لا يوضع على المسلم ابتداء كرها لان فيه معنى العقوبة فيعتبر
الماء لانه اذا زرع بالانهار المملوكة صار ذلك دليل التزام الخراج فيكون الارض خراجية
قوله ومعناه بقربها اي معنى قول القدوري بحيزها بقربها قال في ديوان الادب
الحيز الناحية وجمعه احياز جمع على لفظه واصله من الواو وقال في المجمل القياس
احواز قوله والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة اي عند ابي يوسف هذا
جواب عما يرد عليه من السوال وقد اندرج بيانه فيما قلنا آنفا قوله مثل نهر الملك
ونهر يزدجرد ونهر الملك قريب من بغداد على طريق الكوفة والمراد من الملك
كسرى انوشروان بن قباذ وكان جميع ملكه سبعا واربعين سنة وسبعة اشهر
وكسرى ابرويز بن هرمز ولاده وهو ابرويز بن هرمز بن كسرى انوشروان وقام
على الملك ثمانيا وثلثين سنة واما يزدجرد فهو ابن جرد ابن شهريار ابن كسرى ملك
وهو ابن خمس عشرة سنة ثم لما قتل رستم في قتال سعد ابن ابي وقاص بالقادسية
هرب يزدجرد الى مرو وفي سجستان فقتل هناك وكان جميع ملكه عشرين سنة ورايت
في بعض كتب التواريخ ان يزدجرد بن شهريار ابن ابرويز آخر ملوك العجم ولم
يزل منهزما من اصحاب رسول الله صلى الله عليه الى خراسان الى بلاد الترك وعاد
فقتل بمرو وكان ذلك في سنة احدى وثلثين في خلافة عثمان رضي الله عنه قوله والخراج الذي
وضعه عمر على اهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع ودرهم
ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة
دراهم وهذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان القفيز الواجب في الخراج مطلق عن
قيد الهاشمي والحجاجي في اكثر نسخ الفقه كالكافي للحاكم الشهيد والشامل وشرح الطحاوي
وشروح

وشروح الجامع الصغير للفقيه ابي الليث ولفخر الاسلام البزدوي وغير ذلك
وقال الولوالجي في فتاواه القفيز هو الحجاجي وهو ثمانية ارطال وهو صاع رسول
الله صلى الله عليه وانما نسب الى الحجاج لانه اخرجه بعدما فقد وانه يسع فيه
ثمانية ارطال وهي اربعة امناء وفي قول ابي يوسف خمسة ارطال وثلث رطل وكذلك
قال في خلاصة الفتاوى قلت هذا هو الصحيح لان محمدا رحمه الله ذكر في اول كتاب
الخراج من الاصل فما كان من ارض الخراج من عامر او غامر يبلغه الماء مما يصلح للزرع
ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه في السنة مرة او مرارا او
لم يزرعه كله سواء وفيه في كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز
الحجاج وهو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد النبي صلى الله عليه وسلم
ثمانية ارطال الى هنا لفظ محمد في الاصل ولان الحجاج كان يمتن على اهل العراق بصاع عمر
وهو صاع النبي صلى الله عليه فاذا كان صاع عمر هو الحجاجي الذي هو صاع رسول الله صلى
الله عليه فكيف يقدر عمر الخراج بالصاع الهاشمي الذي ليس صاع رسول الله صلى الله
ولهذا قال ابو يوسف في كتاب الخراج تصنيفه حدثني السري عن الشعبي ان عمر بن
الخطاب فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل ارض يبلغها الماء عملت
او لم تعمل درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجي وهو الصاع الى هنا لفظ ابي يوسف
في كتاب الخراج نعلم ان فيما ذكره صاحب الهداية والنافع مقيدا بالهاشمي نظرا
والصاع الهاشمي اثنان وثلثون رطلا وقد مر بيان ذلك مستوفى في باب صدقة
الفطر والمراد من القفيز الواجب قفيز مما يزرع فيها لما ذكر في شرح الطحاوي
وقال الامام ظهير الدين انه قفيز من حنطة او شعير والمراد من الدراهم درهم بوزن
سبعة وبيان ذلك مر في كتاب الزكوة والاصل في توظيف الخراج ما روي عن
عمر ابن الخطاب رضي الله عنه انه بعث حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الى سواد الكوفة وامرهما
ان يضعا عليه الخراج فوضعا على كل جريب من المزارع قفيزا ودرهما وعلى كل جريب
من الرطاب خمسة دراهم وعلى كل جريب من الكرم عشرة دراهم فلما رجعا قال لهما
لعلكما حملتماها ما لا تطيق فقالا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت قال ابو يوسف
في

في كتاب الخراج وكان عثمان عاملا على شط الفرات وحذيفة على ما وراء دجلة
من جوخى وما سقطت قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما كان هذا رسما
وظّفه عمر فصار حكما شرعيا لانه كان بحضرة الصحابة من غير نكير فعلم بهذا
ان الخراج يوضع بقدر الطاقة فيعتبر ذلك فيما لم يرد فيه الاثر كالبستان من ارض الخراج
وكذلك ارض الزعفران وقالوا البستان كل ارض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة
واشجار وبيان قدر الجريب وخراج المقاسمة مر في باب زكوة الزروع والثمار ويستطر
ثمة وحذيفة ابن اليمان وهو حذيفة بن حسيل بن جابر بن ربيعة بن عمرو بن اليمان وانما
قيل حذيفة بن اليمان لانه من ولد اليمان قال ابن سعد حذيفة بن اليمان العبسي حليف بني
عبد الاشهل يكنى اباعبد الله سكن الكوفة وتوفي بالمدائن سنة ست وثلثين وقد جاءه
نعي عثمان كذا قاله ابن شاهين وقال القتبي في كتابه عن الحسن انه قال كان حذيفة رجلا
من بني عبس فخيّره رسول الله صلى الله عليه فقال ان شئت كنت من المهاجرين وان
شئت كنت من الانصار قال من الانصار قال وليس من الانصار ولحذيفة عقب من
الانصار ولم يدرك الجمل وكان الجمل لعشر ليال خلون من جمادى الاولى سنة ست وثلثين
وعثمان بن حنيف من اكابر الصحابة ايضا وهو اخو علي ابن ابي طالب الذي آخا رسول
الله صلى الله عليه بينه وبين علي مات في خلافة معاوية وله عقب وقد شهد احدا
والمشاهد كلها كذا ذكره ابن شاهين في كتاب المعجم قوله حتى يبيح لمعنى يسيح اي
يدرع قوله ووضع على ذلك ما قلنا هكذا اثبت في النسخ وكانه سهو من الكاتب لان
قياس التركيب ان يقال ووضع ذلك على ما قلنا اي وضع الخراج على الوجه الذي
قلنا في جريب الزرع وجريب الرطبة وجريب الكرم والرطبة والرطبة اسم للقصب
خاصة ما دام رطبا كذا في المجمل والجريب ارض طولها ستون ذراعا وعرضها
ستون ذراعا بذراع الملك كسرى يزيد على ذراع العامة بقبضة وهي ست قبضات
وذراع الملك سبع قبضات كذا في المغرب قوله ولان المؤن متفاوتة وهو جمع مؤنة
يعني ان تفاوت المؤن له اثر في تفاوت الواجب الا ترى ان الواجب فيما سقي سيحا من

فخيّره

الارض

الارض العشرية هو العشر وفيما سقي بغرب او دالية او سانية نصف العشر فلما
ثبت هذا قلنا لما كان مؤنة الكرم اخف ونفعه اكثر كان الواجب فيه اعلى وهو
عشرة دراهم وهذا لانه يبقى دهرا مديدا مع قلة المؤنة ومؤنة الزرع اثقل
فجعل الواجب ادنى وهو قفيز ودرهم وهذا لان الزرع يحتاج فيه الى الكراب
والقاء البذر والحصاد والدياس ونحو ذلك كل سنة ومؤنة الرطاب بين بين
لانه لا يحتاج الى القاء البذر في كل عام ولا تربية فيها اصلا وتدوم اعواما لكن
ليس كدوام الكرم فكان الواجب فيما بين الامرين وهو خمسة دراهم قوله قال
وما سوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب
الطاقة اي قال القدوري في مختصره يعني ما سوى جريب الزرع وجريب الرطبة
وجريب الكرم يوضع الخراج فيه بحسب الطاقة ففي ارض النخيل الملتفة يجعل عليها
الخراج بقدر ما يطيق ولا يزاد على جريب الكرم وفي جريب الزعفران بقدر ما
يطيق ايضا وينظر الى غلتها فان بلغت غلة الزرع يوخذ قدر خراج الزرع وان بلغت
غلة الرطبة يوخذ خمسة وقد مر مرة في باب زكوة الزروع وانما اعتبرت الطاقة
لان لا اثر يطلق بها قال فخر الاسلام انما ينتهي الطاقة الى نصف الخارج لا يزاد عليه
الا ترى انه قال في كتاب العشر والخراج والسير الكبير في ارض لم تخرج من الغلة
الا قدر قفيزين ودرهمين وهي جريب ان خراجها قفيز ودرهم وهذا لانا لما ظفرنا
بهم وسعنا ان نسترقهم ونقسم اموالهم فاذا مننا عليهم وقطعناهم بنصف الخارج كان
التنصيف هو الانصاف بعينه حيث كان النصف لنا والنصف لهم قوله قال فان
كان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام اي قال القدوري في مختصره وفي بعض النسخ
لم يثبت لفظ كان ولئن صح فهو زائد كقوله في المسئلة ما كان الطول شيئا قال في شرح
الطحاوي اجمعوا على انها اذا كانت لا تطيق قدر خراجها الموضوع نقص واخذ منها
قدر ما تطيق وذلك لان المعتبر هو الطاقة بالاثر وبيانه فيما قال في خلاصة الفتاوى
لقوله فان كانت الارض لا تطيق ان يكون الخراج خمسة دراهم بان كان الخارج لا

يبلغ عشرة دراهم تجوز ان ينقص حتى يصير الخراج مثل نصف الخارج اما اذا كانت
تطيق ذلك وزيادة فقال الولوالجي في فتاواه اجمعوا ان الزيادة على وظيفة
عمر في سواد العراق وفي بلدة وظف الامام عليها الخراج لا تجوز فاما في بلدة
اراد الامام ان يبتدئها بالتوظيف قال ابو يوسف لا يزيد وقال محمد يزيد وعن
ابي حنيفة مثل قول ابي يوسف وجه قول محمد ان النقصان عند قلة الريع
جائز فينبغي ان تجوز زيادة التوظيف عند زيادة الريع ووجه قول
ابي يوسف ان عمر رضي الله عنه لم يزد في التوظيف فلو جاز لزاد والا ترى
الى قول حذيفة وعثمان ابن حنيف لو زدنا لاطاقت وقال في المختلف خلاف ابي
يوسف مع محمد لا يجوز الزيادة على الخراج الموظف بتوظيف الامام وان اطاقت
الارض وقال محمد تجوز وهذا يرد دعوى الاجماع من مدعيه وقال شمس الائمة
في شرح الجامع الصغير فان كانت تحتمل الزيادة على هذه الوظيفة اي وظيفة
عمر لم تجز الزيادة في قول ابي يوسف وعلى قول محمد تجوز الزيادة لان الخراج
بحسب الريع ولهذا اختلف في الارض الكرم والرطبة الى هنا لفظ شمس الائمة
قوله عند زيادة الريع والريع في اللغة هو النماء والزيادة واراد به هنا عند
زيادة الغلة **قوله** فان غلب على ارض الخراج الماء او انقطع عنها او اصطلم الزرع
آفة فلا خراج عليه هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا لان الخراج متعلق بنماء
حقيقي وتقديري بان يكون متمكنا من الزراعة وهنا لما غلب الماء على الارض بحيث
لم تبق صالحة للزراعة او كانت نزة لم يوجد النماء التقديري فلا يجب الخراج
وكذا اذا زرعها ثم اصاب الزرع آفة من الحر او البرد او نحو ذلك فاصطلمت فلا خراج
ايضا وهذا لان النماء التقديري اقيم مقام النماء الحقيقي عند عدم النماء حقيقة
فلما وجد النماء حقيقة بطل اعتبار النماء التقديري وتعلق الحكم بالنماء الحقيقي لان ذلك
خلف عن هذا الاصل فبطل الخراج بهلاك الخارج وسلم بسلامته كما في العشر بخلاف
ما اذا عطلها وهو متمكن من الزراعة حيث يكون الخراج دينا في ذمته لتعلق
الخراج

الخراج بالنماء التقديري حينئذ الا ترى ان رجلا لو اجر رجلا بيتا او حانوتا فعطله
المستاجر فعليه الاجر فلو لم يتمكن من الانتفاع بان غصبه غاصب او نحو ذلك لا يجب
الاجرة ذكره ابو الليث سؤالا وجوابا في شرح الجامع الصغير فقال فان قيل لو استاجر
رجل ارضا يزرعها فاصطلم الزرع آفة فانه تجب عليه الاجر قيل الاجر تجب الى
وقت هلاك الزرع ولا يجب عليه بعد ذلك وليس الاجر بمنزلة الخراج لان
الخراج وضع على مقدار الخارج اذا اصلحت الارض للزراعة فاذا لم تخرج شيئا
جاز اسقاطه والاجر لم توضع على مقدار الخارج فجاز ايجابه وان لم تخرج قال
الولوالجي وخراج الوظيفة والمقاسمة لا يسقط بهلاك الخارج بعد الحصاد لانه
واجب في الذمة بسبب الخارج وقبل الحصاد يسقط لانه غير واجب في الذمة بخلاف
الزكوة لانها واجبة في المال لا في الذمة وقال في الفتاوى الولوالجي ولو عجز رجل
عن زراعة ارضه وهي خراجية دفعها الامام الى من يقدر على زراعته ويأخذ منه
الخراج ويدفع الفضل الى رب الارض بعد حصد الزرع وكذلك النخيل لان في
الخراج منفعة عامة المسلمين وفي انكساره ضرر عامة المسلمين فجاز دفع ضرر عامة
المسلمين باجارة ارضه او يدفعها مزارعة فان لم يجد مستاجرا او مزارعا باعها ممن
يقدر على خراجها يقال اصطلم الزرع آفة اي استاصلته **قوله** وان عطلها
صاحبها فعليه الخراج وهذه ايضا لفظ القدوري وبيانه قد اندرج فيما قلنا
قوله قالوا من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر فعليه الخراج الاعلى قال
مشايخنا في شروح الجامع الصغير قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وعن
اصحابنا فيمن له ارض الزعفران فزرع فيها الحبوب وترك الزعفران من غير عذر
يوضع عليه الخراج الزعفران لانه هو الذي ضيع ذلك فصار كالذي عطل ارضه وكذا
من انتقل الى اخس الامرين من غير عذر بان كان كرما مثلا فقلعها وزرع الحبوب
فيها يوخذ منه خراج الكرم لانه هو الذي ضيع الزيادة وهذا لا يعرف ولا يفتى به
حتى لا يطمع الظلمة في اموال الناس **قال** الولوالجي في فتاواه ولو غرس حربيا من

من له ارض
الزعفران

ارضه كرمًا فلم يطعم سنين كان عليه كل سنة قفيز ودرهم لان وظيفه هذا الارض
قبل الغرس قفيز ودرهم في كل جريب فيبقى الى ان ما لم يؤخذ منه خراج الكرم
وان ادركت خارجًا يبلغ قيمته عشرين درهما نصاعدًا واخذ منه عشرة دراهم
لانه صار كرمًا صورة ومعنى **قوله** ومن اسلم من اهل الخراج اخذ منه الخراج على
حاله وهذا لفظ القدوري في مختصره **اعلم** ان الارض الخراجية يبقى على حالها
خراجية بعد اسلام صاحبها ولا يتغير الى العشر لان عمر رضي الله عنه وضع
على اهل السواد الخراج ثم اسلموا فبقي الخراج كما كان ولان الخراج فيه معنى المؤنة
والعقوبة فلم يكن توظيفه على المسلم ابتداءً لمعنى العقوبة وامكن ذلك بقاءً لمعنى
المؤنة لان المسلم اهل لالتزام المؤنة **قوله** ويجوز ان يشتري المسلم ارض الخراج
من الذمي ويؤخذ منه الخراج وهذا لفظ القدوري قال الحاكم في الكافي لا يكون للمسلم
اداء خراج الارض ولا استواء اهل الذمة وانما جاز شراء الارض الخراجية من
الذمي لانها ملك له كساير الاملاك فلو اشترى المسلم منه ساير املاكه جاز
فكذا هذا واما وجوب الخراج على المسلم فلان فيه معنى المؤنة فاعتبر مؤنة
في حالة البقاء وهو معنى قوله لما قلنا ولان المسلم اهل لالتزام العقوبة عليه
اذا تقرر سببها كما عرف في ساير الحدود وقد تقرر هنا سبب الخراج وهو الارض
النامية فبقي الخراج وظيفة للارض بعد انتقالها الى المسلم ولانه يجوز ان يجب
على المسلم بالتزامه ما لا يجب عليه ابتداءً كما اذا تكفل بجزية ذمي وهنا لما اشتراها
من الذمي صار ذلك دليل الالتزام وقد روي ان جماعة من الصحابة اشتروا بالكوفة
ارض فادوا خراجها فصار ذلك دليلا على جواز الشراء من غير كراهة وعلى لزوم الخراج
على المسلم **قوله** ودل على جواز الشراء واخذ الخراج واداؤه للمسلم فلو قال صاحب
الهداية من المسلم كان اولى فافهم **قوله** ولا عشر في الخارج من ارض الخراج وهذا
لفظ القدوري في مختصره وعند الشافعي يجب فيها العشر والخراج له ان العشر
والخراج حقان مختلفان وجبا بشيئين مختلفين في محلين مختلفين فلا
منافاة

منافاة بين الحقين فيجبان جميعا اما اختلاف الحقين فظاهر لان الخراج
قفيز ودرهم موظفة بلا قفيز والعشر احد الاجزاء العشرة من الخارج
واما اختلاف الشيئين فلان العشر يجب بسبب الخارج تحقيقا والخراج
به وبالخارج تقديرا واما اختلاف المحلين فان محل العشر الخارج ومحل
الخراج الذمة **ولنا** ما روى ابو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن
النبي صلى الله عليه انه قال لا يجتمع عشر وخراج في ارض واحدة ولان سواد
العراق فتح ووضع عليه الخراج ولم ينقل عن احد من ائمة العدل من ائمة
العدل وولاة الجور الجمع بينهما فمن جمع خالف الاجماع فلا يجوز ولان سببهما واحد
وهو الارض النامية بدليل اضافة العشر والخراج اليها والاضافة دليل السببية
على ما مر بيانه في شرح الاصول فلما كان السبب واحدا كان المسبب
احدهما من غير جمع بينهما كالدية والقصاص ولان الارض اذا فتحت عنوة وقهرا تجب
فيها الخراج واثر القهر الكره واذا اسلم عليها اهلها طوعا تجب العشر والطوع و
الكره متنافيان فلا يجتمع العشر والخراج **قال** الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
وكذلك الاجر والضمان لا يجتمعان عندنا والحد والعقر لا يجتمعان والجلد والنفي لا يجتمعان
وكذلك الرجم مع الجلد وزكوة التجارة مع صدقة الفطر كل ذلك لا يجتمعان وعنده
يجتمعان الا الجلد والرجم فانهما لا يجتمعان **قوله** وهو الارض النامية الضمير راجع الى
السبب **قوله** يعتبر في العشر اي يعتبر النماء **قوله** ولهذا يضافان اي ولاجل ان
السبب هو الارض النامية يضاف العشر والخراج الى الارض فقال عشر الارض و
خراج الارض **قوله** وعلى هذا الخلاف الزكوة مع احدهما اي الزكوة لا يجتمع
مع العشر او الخراج عندنا خلافا للشافعي وصورته رجل اشترى ارض عشر
او خراج بنية التجارة لم يكن عليه زكوة التجارة وعن محمد عليه الزكوة مع احدهما
وهو قول الشافعي لان محل العشر الخارج ومحل الزكوة الارض معدة للتجارة فلا
منافاة **ولنا** ان الجمع بين الامرين لو جاز يلزم ان تجبا بسبب واحد وهو الارض

الناميه لم تجز كما في زكوة السوم مع زكوة التجارة لما لم تجز جمع الزكوة مع
احدهما لزم فيها اما العشر واما الخراج دون الزكوة لان وظيفة العشر
والخراج لازمة متقررة دون الزكوة لانهما لا تجب في الارض الا اذا وجدت
نية التجارة وكان العشر والخراج اسبق فكان بالترجيح احق **قوله** ولا يتكرر
الخراج بتكرر الخارج في سنه قال في الشامل في قسم المبسوط لا يوخذ خراج
الارض في السنه **الا مرة** وقال الحاكم في الكافي ولا يوخذ خراج الارض في
السنة الا مرة وان اغلها صاحبها مرات وفي القلادة في هذا الباب عن عمر رضي الله
لانه لم يوجب الخراج مكررا وينبغي ان يكون هذا في الخراج الموظف لا في الخراج
المقاسمة لان خراج المقاسمة حكمه حكم العشر ويكون ذلك في الخارج كذا قال
في شرح الطحاوي فلما كان حكمه حكم العشر والعشر يجب في كل خارج فكذلك خراج
المقاسمة والله اعلم

باب الجزية

لما فرغ
عن ذكر خراج الارض شرع في خراج الرؤس وهو الجزية وقدم خراج الارض
لقوته لانه يجب في الارض الكفار اذا فتحت اسلموا او لم يسلموا وخراج الراس لا يجب
بعد الاسلام او لانه ذكر في الباب المتقدم العشر والخراج والعشر مقدم
على خراج الراس لان فيه معنى القربة وهو ايضا ما يبتدا به على المسلم فقدم
خراج الارض ايضا لان سببهما واحد وهو الارض النامية **قوله** وهي على ضربين
اي الجزية وهذه مسايل القدوري ولفظه في مختصره والجزية على ضربين جزية
يوضع بالتراضي والصلح فيتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق وجزية يبتدي الامام و
ضعها اذا غلب على الكفار واقرهم على املاكهم فيضع على الغني الظاهر الغنا في
كل سنة ثمانية واربعين درهما ياخذ منه في كل شهر اربعة دراهم وعلى
المتوسط الحال اربعة وعشرين درهما في كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثني
عشر درهما في كل شهر درهما وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل في جواز
اخذ الجزية قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الاخر ولا
يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب
حتى

حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فان قلت الكفر معصية فكيف يجوز اخذ
البدل على تقرير المعصية قلت لا نسلم ان الجزية بدل عن تقرير الكفر بل
هي عوض عن ترك القتل والاسترقاق او هي عقوبة فجازت كالاسترقاق
وهذا معنى معقول ولانها عوض عن قتل واجب فجاز كاسقاط القصاص
بعوض ثم تفاوت مقدار الجزية على حسب تفاوت الطبقات مذهبنا وقال
مالك الجزية اربعة دنانير على اهل الذهب واربعون درهما على اهل الورق
وقد روي ذلك عن عمر رضي الله عنه كذا قال فخر الاسلام وعند الشافعي
دينارا او اثنا عشر درهما يستوي في ذلك الغني والفقير له ما روي صاحب السنن
عن معاذ ان النبي صلى الله عليه لما وجهه الى اليمن امره ان ياخذ من كل حالم يعني
محتلم دينارا او عدله من المعافري **ولنا** ما روى اصحابنا في كتبهم عن عبد الرحمن
ابن ابي ليلى عن الحكم ان عمر ابن الخطاب وجه حذيفة بن اليمان وعثمان ابن حنيف
الى السواد فمسحا ارضها ووضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات
على ما قلنا فلما رجعا الى عمر اخبراه بذلك وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير
فحل محل الاجماع ثم بعد ذلك عمل عثمان كذلك ثم علي كذلك ولا يقال انه كان
بالتراضي والصلح ولا كلام لنا فيه وكلامنا فيما اذا وظف عليهم بلا رضاهم لانا نقول
لا نسلم لان السواد فتحت عنوة لا صلحا والمعقول ان الجزية حق يبتدا به الكافر
فوجب فيه التفاوت كما في خراج الارض والجواب عن حديث الشافعي
فنقول ذلك ليس بحجة علينا لان اهل اليمن كانوا اهل فاقة فعلى المعسر عندنا
اثنا عشر درهما ودينارهم في ذلك الوقت كان اثني عشر درهما بدليل على ذلك
ما روي البخاري في الصحيح عن ابن عيينة عن ابن ابي نجيح قلت لمجاهد ما شان
اهل الشام عليهم اربعة دنانير واهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل
اليسار قلت هذا هو الوجه الصحيح في معنى حديث معاذ وقد
قال بعض اصحابنا هو محمول على ما وقع الصلح عليه الا ترى انه قال في رواية خذ

من كل حالم وحالمة دينارا ولا تجب على النساء الا ما ك‍ اذا اما الجزية التي تقع بالصلح فيعتبر فيها التراضي فكل ما وقع عليه التراضي يوخذ ذلك لا غير ولا يغير مثل ما اذا فتح الامام قرية من قرى اهل الحرب ومن عليهم وصالح معهم من خراجهم وارضيهم على وظيفة معلومه من الدراهم او الدنانير او ما اشبهها كما صالح رسول الله صلى الله عليه اهل نجران على الحلل ونجران بلاد اهلها نصارى كذا في الصحاح والمغرب **قوله** والحلة ازار ورداء كذا قالوا قال صاحب الهداية صالحهم على الف ومايتي حلة وقال الولوالجي في فتاواه ويوضع على نصارى نجران على روسهم واراضيهم كل سنة الفا حلة كل حلة خمسون درهما الف في صفر والف في رجب يقسم ذلك على روسهم واراضيهم فما اصاب الروس يكون جزية وما اصاب الاراضي يكون خراجا وهذا الذي ذكره الولوالجي هو الصحيح لموافقته الحديث الاول كل حلة خمسون درهما وذلك لان صاحب السنن ذكر باسناده عن ابن عباس قال صالح رسول الله صلى الله عليه اهل نجران على الفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب قال ابو يوسف في كتاب الخراج وهذه الحلل المسماة هي الفا حلة على اراضيهم وعلى جزية روسهم يقسم على روس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل ارض من اراضي نجران وان كان بعضهم قد باع ارضه او بعضها من مسلم او ذمي او تغلبي والمراة والصبي في ذلك سوا في ارضهم **واما جزية** روسهم فليس على النسا والصبيان وقال ابو يوسف في كتاب الخراج وابو عبيد في كتاب الاموال في كتاب النبي صلى الله عليه الى اهل نجران بعد ان قال على الفي حلة كل حلة اوقيه اي قيمتها اوقيه كذا فسر ابو عبيد ثم اعلم انه كما وقع الصلح مع بني نجران وهم قوم بقرب اليمن وقع الصلح مع بني تغلب ايضا وهم قوم من نصارى العرب بقرب الروم صالحهم عمر رضي الله عنه خوفا من ان يلحقوا بالروم على ان يوخذ من اراضيهم العشر مضاعفا قال في شرح الطحاوي وهذه الاراضي التي وقع عليها الصلح لا يتغير حكمها بالملك لان المضاعف فيها بمنزلة الخراج والخراج لا يتغير فكذلك هذا ثم اعلم ان المشايخ تكلموا في معرفة الطبقات المذكورة

ونجران بلاد

المذكورة قال ابو الليث في شرح الجامع الصغير ذكر عيسى **ابن ابان** انه قال من كان له عشرة الاف درهم فصاعدا فهو موسر ومن كان له مايتا درهم فهو متوسط ومن كان معتملا فهو مكتسب وذكر عن بشر ابن غياض انه قال من كان يملك قوته وقوت عياله وزيادة فهو موسر ومن كان يقدر **على مقدار القوت** ولا يملك الفضل وله مقدار الكفاية فهو الوسط ومن لم يكن له مقدار الكفاية فهو مكتسب وكان الفقيه ابو جعفر يقول ينظر الى عادة كل بلد لان عادة البلدان مختلفة في الغنا الا ترى ان صاحب خمسين الفا بلخ يعد من المكثرين واذا كان ببغداد او بالبصرة لا يعد من المكثرين وفي بعض البلاد ان صاحب عشرة الاف يعد من المكثرين فيعتبر عادة كل بلد وذكر هذا القول عن ابي نصر محمد ابن سلام ايضا وذكر عن عمر ابن الخطاب انه كان ياخذ ممن تركب **البغال** ويتختم بالذهب ثمانية واربعين درهما الى هنا لفظ الفقيه ابي الليث في كتابه وقال فخر الاسلام من ملك ما دون المايتين او لا يملك شيئا لكنه معتمل فعليه اثنا عشر ومن ملك مايتي درهم فصاعدا الا عشرة الاف درهم وهو معتمل ايضا فعليه اربعة وعشرون ومن ملك عشرة الاف فصاعدا الى ما لا يتناهى وهو معتمل ايضا فعليه ثمانية واربعون قال وانما شرط المعتمل لان الجزية عقوبة وانما تجب على من كان من اهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم جزية وان كان مفرطا في اليسار وقال المعتمل الذي يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة قوله صلى الله عليه خذ من كل حالم وحالمة دينارا او عدله معافر وفي الرواية الصحيحة في كتب الحديث لم يذكر الحالمة وقيل المراد كل من بلغ وقت الحلم حلم او لم يحلم كذا ذكر صاحب الغاية ولفظ السنن او عدله من المعافري ثياب النسب وقد قدمناه وفسر في السنن الحالم بالمحتلم وذكر الفتح في غريب الحديث او عدله من المعافري يعني النسب وقال فيه المبرد المعافري منسوب الى المعافر من اليمن بفتح الميم والعامه تضمها وقال في الجمهرة المعافر بفتح الميم موضع باليمن ينسب اليه النبات المعافرية ثم قال وقال الاصمعي ثوب معافر غير

منسوب في نسب فهو عنده خطا، وقال في المجمل معافر حي من همدان واليه
ينسب الثياب المعافرية وقال القتبي في حديث ابن عمر انه دخل المسجد
الحرام وعليه البردان معافريان فهد الناس اليه يتسالونه اي قاموا وقال في المغرب
ثوب معافري منسوب الى معافر بن مرّ ثم صار اسما بغير نسبة وعدل الشيء
بالفتح مثله من غير جنسه وعِدله مثله من جنسه ومعنى قوله او عدله من
المعافري اي مثل الدينار من البرد الذي اسمه معافر قوله من غير فصل
بين الغني والفقير قوله وهذا المعنى يشمل الفقير والغني اي وجوب الجزية
بدلا عن القتل يشمل الفقير والغني قوله وجب نصرة للمقاتلة اي الجزية وجبت
نصرة وكفاية لغزاة المسلمين بمال يوخذ من الذمي فوجب ان يتفاوت كالخراج
والدليل على انها تجب نصرة وكفاية لهم انها يصرف اليهم ولا يوضع موضع الزكوة
ومعنى قوله وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة بالنفس والمال اي انما قلنا ان الجزية
يجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض لان الخراج وجب بدلا عن النصرة
للمسلمين ببدل النفس والمال لان كل من كان من اهل دار الاسلام تجب عليه
النصرة للدار بالنفس والمال قال تعالى يا ايها الذين امنوا هل ادلكم على تجارة
تنجيكم من عذاب اليم تومنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله باموالكم
وانفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر لما لم يصلح لنصرتنا لكونه غير مامون
لانه يميل الى دار الحرب اعتقادا قام الخراج الماخوذ منه المصروف الى
الغزاة مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من المسلم يتفاوت اذ الفقير يصير
دارنا راجلا والوسط الحال يصير راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه والاركاب
لغيره ثم الاصل لما كان متفاوتا تفاوت الخراج الذي قام مقامه فلما كان الخراج
الذي وجب بدلا عن النصرة متفاوتا تفاوت الجزية ايضا لانها بدل عن النصرة
ايضا كالخراج قوله بكثرة الوفر والوفر في اللغة المال الكثير واراد هنا مطلق
المال فلو قال بكثرة المال كان اولى قوله وما رواه الشافعي اراد به قوله عليه السلام
خذ من

خذ من كل حالم دينارا وبيانه مر مرة قوله ويوضع الجزية على اهل الكتاب
يعني ان ضرب الجزية عليهم مطلقا سواء كانوا من العرب او من العجم
ولاجل هذا ذكر اهل الكتاب مطلقا حتى يشمل الفريقين والاصل فيه قوله
تعالى من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية وأما المجوس فكان عمر رضي الله عنه
شك في اخذ الجزية واراد ان لا ياخذها منهم لما انهم ليسوا من اهل الكتاب
فقال عبد الرحمن ابن عوف سمعت رسول الله صلى الله عليه يقول سنوا بهم
سنة اهل الكتاب قال في السنن قال ابن عباس فاخذ الناس بقول عبد الرحمن
ابن عوف يعني في قبول الجزية من المجوس وقال البخاري في الصحيح لم يكن عمر
اخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن ابن عوف ان رسول الله صلى الله عليه
اخذها من مجوس هجر وقال ابو يوسف في كتاب الخراج حدثنا بعض مشيخة
عن جعفر ابن محمد عن ابيه قال ذكر لعمر بن الخطاب قوم يعبدون النيران ليسوا
يهود ولا نصارى ولا اهل الكتاب فقال عمر ما ادري ما اصنع بهولاء فقام
عبد الرحمن ابن عوف فقال اشهد على رسول الله صلى الله عليه انه قال
سنوا بهم سنة اهل الكتاب الى هنا لفظ ابي يوسف في كتاب الخراج وهجر اسم وهجر
بلد في البحرين ولان اشتراكهم مع الكفر جايز واستدراجا الى الاسلام
فلذلك ضرب الجزية عليهم هذا بالاتفاق قوله قال وعبدة الاوثان من العجم
اي قال القدوري في مختصره اي يوضع الجزية على عبدة الاوثان من العجم كاينا
من كان وعند الشافعي لا يوضع عليهم كما لا يوضع على عبدة الاوثان من العرب له ان
الامر بالقتال عام بقوله تعالى وقاتلوهم الا انه خص منه اهل الكتاب في وضع الجزية
عليهم بنص الكتاب وخص المجوس بحديث عبد الرحمن ابن عوف فبقي ساير اهل
الكفر على الاصل ولنا ما روى محمد ابن الحسن في الاصل عن ابي حنيفة عن علقمة بن
مرثد عن عبد الله ابن بريدة عن ابيه قال كان رسول الله صلى الله عليه اذا بعث جيشا او سرية
اوصى صاحبهم بتقوى الله في خاصة نفسه واوصاه بمن معه من المسلمين

حين انه قال اغزوا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا
ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا واذا لقيتم عدوكم من المشركين فادعوهم الى الاسلام فان
اسلموا فاقبلوا منهم وكفوا ثم ادعوهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين
فان فعلوا فاقبلوا منهم وكفوا عنهم والا فاخبروهم انهم كاعراب المسلمين تجري عليهم
حكم الله الذي يجري على المسلمين وليس لهم في الفي ولا في الغنيمة نصيب الا ان
تجاهدوا مع المسلمين فان ابوا فادعوهم الى اعطا الجزية فان فعلوا فاقبلوا ذلك
منهم وكفوا عنهم **وجه** الاستدلال ان الدعا الى اعطا الجزية عام يشمل الوثني من
العجم واهل الكتاب منهم بخلاف الوثني من العرب لانه تغلظ كفره فلم يجز اخذ الجزية
منه وسيجي بيانه بعد هذا ولان استرقاق الوثني العجمي جاين فيجوز اخذ الجزية
ايضا كالكتابي وهذا لان كل واحد من الاسترقاق والجزية فيه سلب النفس معنى اما
الاسترقاق فظاهر لان نفع الرقيق يعود الينا جملة **واما** الجزية فلان
الكافر يوديها من كسبه ونفقته التي هي سبب حيوته فكسبه فكان اداء كسبه الى
المسلمين دارة راتبة في معنى اخذ النفس منه حكما وهذا معنى قوله ونفقته
في كسبه والواو فيه للحال فافهم فان قلت الجزية ليست كالاسترقاق لان
استرقاق المراة والصبي جاين ولا جزية عليهما قلت ذاك المعنى اخروهو
ان الجزية بدل عن القتل ولا قتل عليهما بخلاف الاسترقاق فانه جزاء الكفر
الاصلي فان قلت ظن من لا يجوز اقرارهم على الكفر بضرب الجزية اذا كان عربيا
لم يجوز ذلك اذا كان اعجميا كالمرتد قلت لا نسلم ان القياس صحيح لان المرتد لا يجوز
اقراره على الكفر بالاسترقاق ايضا فكذلك بالجزية والعجمي الوثني يجوز استرقاقه
فجاز وضع الجزية **قوله** وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساوهم وصبيانهم في
لجواز استرقاقهم اي ان غلب على اهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من
العجم قبل وضع الجزية فهم باجمعهم في اي غنيمة **قوله** ولا يوضع على عبدة
الاوثان من العرب ولا المرتدين وهذا لفظ القدوري **اعلم** ان الجزية
لا تجوز وضعها على مشركي العرب وكذا لا تجوز وضعها على المرتدين سوا

كانوا

كانوا من العرب او من العجم اما المشركون من العرب فان الاسلام يعرض على رجالهم
فان اسلموا والا قتلوا لقوله تعالى يقاتلونهم او يسلمون وذلك في المشركي العرب ولما
روي عن ابن عباس ان النبي صلى الله عليه قال لا يقبل من مشركي العرب الا
الاسلام او السيف كذا ذكر فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير ولانهم لما تغلظ
كفرهم حيث جاهروا في سب النبي صلى الله عليه وشتمه وتكذيبه واذيته
فاخرجوه من وطنه كان عقوبتهم اغلظ فلم يجز ان يقروا على الكفر بضرب
الجزية او الاسترقاق فلم يقبل لذلك اما الاسلام او السيف بخلاف مشركي
العجم لانه لم يوجد منهم اذية الرسول صلى الله عليه فلم يتغلظ كفرهم فجاز اخذ
الجزية منهم كالمجوس فان قلت المجوس كان لهم كتاب فواقع ملكهم ابنته
فاصبحوا وقد رفع الكتاب عنهم قلت لما رفع زال حكمه فتعد ذلك لا يكونون
من اهل الكتاب على انا نقول قال تعالى انما انزل الكتاب على طايفتين من قبلنا فلو
كان للمجوس كتاب لقال على ثلاث طوايف وعند الشافعي يجوز استرقاق مشركي
العرب قياسا على نسايهم وصبيانهم وجوابه مر واما نسايهم وصبيانهم
فانما جاز استرقاقهم لان النبي صلى الله عليه سبى ذرية اوطاس وسبى ذرية هوازن
كذا ذكروا في شروح الجامع الصغير واما المرتدون فحالهم كحال مشركي العرب
لا يقبل منهم الا الاسلام او السيف لما روي في السنن عن ابن عباس عن النبي صلى
الله عليه قال من بدل دينه فاقتلوه وقد قاتل ابو بكر رضي الله عنه اهل الردة
من بني حنيفة ولم يقبل منهم الا الاسلام او السيف واسترق الصحابة نساوهم
وصبيانهم وذلك بعد وفاة النبي صلى الله عليه قال فخر الاسلام ان اصحاب النبي صلى الله
عليه اجمعوا على ذلك في نسايهم وصبيانهم حتى وقع في سهم علي رضي الله عنه الحنفية
ولد منها محمد ابن الحنفية ولان كفرهم قد تغلظ فلم يقبل منهم الجزية لانهم ارتدوا
بعد الهداية قالوا ان نساء المرتدين وصبيانهم يجبرون على الاسلام وتفسيره الحبس
ثلاثة ايام او الى الاسلام وسيجي في باب المرتدين اما صبيانهم فانا نجبرون

تبعا لآبائهم حيث جرى اباؤهم فاما نساؤهم فانما يجبرون لسبق الاسلام منهن
بخلاف نساء مشركي العرب وصبيانهم لانه لا جبر على ابائهم فكذا على صبيانهم
وكذا على نسائهم لانه لم يسبق منهن الاسلام قوله فلا يقبل من الفريقين اي
من فريق عبدة الاوثان من العرب ومن فريق المرتدين قوله بني حنيفة
بنو حنيفة بطن من العرب والماسح حنيفة لانه لقي جذيمة ابا حي من عبد القيس
فضرب جذيمة حنيفة فحنفه اي عرج رجله فضربه حنيفة فجذمه فلذلك سمي
هذا حنيفة وسمي ذاك جذيمة وكذا في الجمهرة اللغة وهو حنيفة ابن لجيم ابن
صعب ابن علي ابن بكر ابن وائل ولحنيفة اخ يسمى اد تصر واخ اخر يسمى لهيما و
امهم صفية بنت كاهل بن اسد ابن خزيمة وله اخ اخر يسمى عجلا امه حذام
بنت جسر بن تيم بن تقدم بن عنزة وحذام يقول لجيم اذا قالت حذام
فصدقوها فان القول ما قالت حذام كذا قال الكلبي في جمهرة النسب وكان بنو
حنيفة اتخذوا في الجاهلية الها من حيس يعبدونه دهرا طويلا ثم اصابتهم مجاعة
فاكلوه فقيل فيهم اكلت حنيفة ربها زمن التقحم والمجاعة كذا قال القتبي قوله
لما ذكرنا اشارة الى قوله فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام او السيف زيادة في
العقوبة قوله ولا جزية على امراة ولا صبي وهذه من مسائل القدوري
علل صاحب الهداية بقوله لانها وجبت بدلا عن القتل او عن القتال يعني
ان الجزية تجب بدلا عن القتل في حقهم على معنى ان القتل سقط عنهم باقامة الجزية
مقامه فلما لم يقبلوا اعطوا الجزية عوضا عن حقن الدم اذ على معنى ان اخذ الجزية
يجري مجرى القتل في حقهم لان كلا منهما عقوبة على الكفر وكان الاصل القتل
لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله فلما سقط القتل بضرب الجزية قامت
مقامه بدلا عنه وتجب بدلا عن القتال نصرة لدار الاسلام في حقنا لان
الكافر لما لم يصلح للنصرة لدار الاسلام لميله الى اهل الحرب اعتقادا قامت الجزية
الماخوذة منه المصروفة الى الغزاة مقام القتال بدلا عنه ثم البدل انما يكون
في حق

في حق من يكون عليه الاصل كالتيمم يجب على من يجب عليه الوضوء والاصل
والاصل وهو القتل او القتال نصرة لا تجب على الصبي والمراة فكذا لا يجب
البدل وهو الجزية اما القتل فانما لم تجب عليهما لان علة القتل هو
الحراب فلا انتفت منهما لضعف بنيتهما وانما قلنا ان العلة هي الحراب بدليل
ان الزمن لا يقتل لعدم الحراب وكذا القتال لا تجب عليهما النصرة لنا لهذا المعنى
لعدم صلاحيتهما لذلك وهو المراد من قوله لعدم الاهلية على ان هذا مؤيد
بما روي عن عمر رضي الله عنه انه فتح سواد العراق ولم يضع الجزية على المراة
والصبي قوله ولا زمن ولا اعمى وكذا المفلوج والشيخ الكبير وهذا هو المشهور عن
ابي يوسف وعنه في رواية توضع عليهم اذا كانوا اغنياء لان الغني هو الاصل في
المال وجه الظاهر ان الجزية بدل عن القتل او القتال كما بينا انفا ولا يجب
ذلك عليهم فلا يجب البدل ايضا وهو المراد لقوله لما بينا فلو قال لا يجب قتل من كان
منهم ذا راي يجب البدل ايضا فنقول ذاك نادر فلا يعتد به على انا نقول كلامنا فيما
اذا لم يوجد منهم الراي فلم يتحقق القتل حينئذ فاندفع السوال قال في الجمهرة زمن الرجل
يزمن زمانة وهو عدم بعض اعضائه او تعطيله قوله ويقال فلج اذا ذهب
نصفه وهو مفلوج وقال اهل الطب الفالج استرخاء عام لاحد شقي البدن طولا
قوله ولا على فقير غير معتمل هذا لفظ القدوري ايضا والمعتمل الذي يقدر على معتمل
العمل وان لم يحسن حرفة وقال اصحاب الشافعي الفقير العاجز عن الكسب
يخرج من الدار على قول ويقر على قول مجانا ويقر بجزية في ذمته على قول
كذا ذكر الغزالي في الوجيز ولهم قوله عليه السلام لمعاذ رضي الله عنه خذ من كل
حالم دينارا وهو مطلق لا تفصيل فيه بين الفقير والمعتمل وغيره ولنا ما روي
ان عمر ابن الخطاب رضي الله عنه لما بعث حذيفة ابن اليمان وعثمان ابن حنيف
الى سواد العراق وضعا الجزية على الفقير المعتمل دون غيره فحل ذلك محل
الاجماع لانه كان بمحضر الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير ولان الخراج نوعان

نوعان خراج الارض وخراج الراس ففي الاول يعتبر الطاقة فكذا في الثاني وحديث
معاذ محمول على المعتمل توفيقا بين الحديثين فلو قال جاز استرقاقه فيجب ضرب
الجزية عليه فنقول لا نسلم ان القياس صحيح لان الاسترقاق في النسا والصبيان
صحيح ولا جزية عليهم وقال الكرخي في مختصره قال محمد في اهل الماجاه الا ان الخراج
على كل معتمل **قوله** ولا يوضع على المملوك والمكاتب والمدبر وام الولد قال الحاكم في
الكافي ولا خراج على رؤس المماليك وعلل صاحب الهداية بقوله لانه بدل
عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك
بيانه ان الجزية بدل عن الامرين المذكورين وقد مر تقريره فعلى اعتبار
الاول تجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق في حق المماليك لان المملوك الحربي
يقتل فيجوز تحقق البدل ايضا وعلى اعتبار الثاني لا تجب لان العبد لا يقدر على
... فلا يقدر على النصرة فاذا لم يتصور الاصل لم يتحقق البدل ايضا فاذا
وجبت من وجه دون وجه لم تجب بالشك لان الاصل عدم الوجوب
قوله ولا يؤدى عنهم مواليهم لانهم تحملوا الزيادة بسببهم يعني ان الموالي وجب
عليهم الزيادة في وظيفة الجزية بكونهم اغنيا بالمماليك فلا تجب عليهم شيء
اخر بسبب المماليك وقال في مختصر الاسرار وقولهم ان الجزية تجب على
العبد والمولى يؤديها عنه باطل لانه لو كان كذلك لاختلفت بكثرة العبيد و
قلتهم كصدقة الفطر ولان عندهم تجب دينار واحد فلو كان عنه وعن عبده لكان
عن كل واحد نصف دينار وكلما زاد العبيد يقل في حق كل واحد **قوله** ولا يوضع
على الرهبان الذين لا يخالطون الناس هذا لفظ القدوري في مختصره **قال** عمرو
ابن ابي عمرو سالت محمدا عن اصحاب الصوامع هل يوضع عليهم الخراج قال كان
ابو حنيفة يقول يوضع عليهم اذا كانوا ممن يقوون على العمل قلت لمحمد فما
تقول قال القياس ما قال ابو حنيفة قال وليس على السياحين ولا على الرهبان
خراج وان اعتزل احدهم الا انه يخالط الناس فعليه الخراج اما وجب الوضع
عليهم

عليهم فلان الخراج على المعتمل والراهب قادر على العمل وقد تركه مع القدرة عليه فيجب
عليه الخراج الراس كمن عطل ارض الخراج مع التمكن من الانتفاع بها حيث تجب
عليه خراج الارض وهذا قول ابي يوسف ايضا ووجه الرواية الاخرى ان الجزية
بدل عن اسقاط القتل في حقهم ولا قتل على الراهب الذي لا يخالط الناس فلا تجب
الجزية **واما قول** محمد في السياحين فقالوا تجوز ان يكون احالة على من لا يقدر على
العمل منهم فيكون اتفاقا وتجوز ان يكون قال من لا يخالط الناس لا يقتل
ومن لا يقتل لا يوضع عليه الجزية **قوله** ولا بد ان يكون المعتمل صحيحا ويكتفي
بصحته في اكثر السنة وانما ذكره تفريعا لمسئلة القدوري قال في زيادات
الزيادات فان كان المرض في اكثر السنة او نصفها فلا جزية عليه وان كان
في اقلها تجب عليه الجزية لان الانسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل عذرا ولا يعذر
ايضا به اهلية القتال والرهبان جمع الراهب وقد يقال للواحد رهبان ايضا ويجمع على رهابين
كذا في ديوان الادب **قوله** ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه هذا لفظ
القدوري قال الشامل في قسم المبسوط اسلم الذمي قبل استكمال السنة او
بعدها او مات كافرا سقط عنه جزيته خلافا للشافعي وقال في وجيزهم
لو اسلم او مات بعد مضي السنة استوفي ولو مات في اثناء السنة طولبت
بقسط على احد القولين **وجه** قول الشافعي ان الجزية بدل عن حقن الدم
او عن السكنى وقد حصل له المعوض فيجب عليه العوض فلا يسقط بالاسلام
او الموت لانه صار دينا كما لا يسقط ساير الديون اما كونها بدلا عن الدم فلقول
عمر رضي الله عنه انما قبلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا واموالهم كاموالنا
واما كونها بدلا عن السكنى فلان الدار دار المسلمين ولا يتمكن الانسان بالسكنى
في دار الغير الا ببدل وعوض والجزية يصلح بدلا فلما كانت بدلا وقد حصل له
المبدل وهو حقن الدم او السكنى فيجب البدل فلا يسقط بعد وجوبه كالديون
ولنا ما روى اصحابنا في كتبهم عن ابن عباس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه

انه قال ليس على كل مسلم جزية رواه ابن عباس في السنن ولان الجزية وجبت
اذلالا واهانة للكافر عقوبة على تماديه على كفره بدليل قوله تعالى حتى يعطوا
الجزية عن يد وهم صاغرون ولهذا سميت جزية اي جزاء على كفره وعقوبة
الكفر تسقط بالاسلام لان الاسلام يجب ما قبله اي يقطعه بالحديث وكذلك
تسقط عقوبة البقاء على الكفر بالموت كما تسقط بالقتل والاسترقاق وليس
لعقوبة بدليل ثبوته في حق الصغار ولان عقوبة الجزية على الكافر لدفع شره وقد
اندفع شره بالاسلام او الموت فلا حاجة الى العقوبة فتسقط الجزية
ولان الجزية شرع وجوبها نصرة وكفاية للغزاة بدلا عنها في حقنا وقد قدر
على النصرة بالبدن بعد الاسلام لارتفاع التهمة فيجب البدل للقدرة على
الاصل فسقطت الجزية فان قلت لا نسلم ان الجزية بدل عن النصرة
الا ترى ان الامام لو استعان باهل الذمة سنة فقاتلوا معه لا يسقط
عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا لسقطت قلت انما لم يسقط لانه يلزم
حينئذ تغيير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة
في حق الذمي المال دون النفس فان قلت الجزية حق مالي وجب على الكافر
على كفره فوجب ان لا يسقط بالاسلام كخراج الارض قلت خراج الرأس
فيه صغار بالنص فلهذا لا يوضع على المسلم ابتداء بخلاف خراج الارض فانه ليس فيه
صغار ولهذا لو جعل الارض خراجية للمسلم فافترقا قوله بدلا عن العصمة
اي عن عصمة النفس وهي حقن الدم قوله او عن السكنى اي عن السكنى في دار
الاسلام قوله وقد وصل اليه المعوض اي وصل الى من اسلم العصمة او السكنى قوله
العوض اي الجزية قوله بهذا العارض اي بالاسلام او الموت قوله
كما في الاجرة والصلح عن دم العمد يعني اذا استوفى الذمي منافع الدار المستاجرة
ثم اسلم او مات لا يسقط عنه الاجرة لان المعوض وصل اليه وهو منافع الدار
وكذا اذا قتل الذمي رجلا عمدا ثم صالح عن دم العمد على بدل معلوم ثم اسلم او
مات

مات لا يسقط البدل لان المعوض وهو نفسه سلم له قوله ولهذا سمي
جزية ايضاح لوجوب الجزية عقوبة على الكفر قوله والعصمة تثبت بكونه
آدميا الى اخره جواب عن قوله وجبت بدلا عن العصمة او السكنى بيانه
ان الآدمي خلق معصوما محقون الدم لكونه مكلفا لانه لا يتاتى له القيام بامور
التكاليف الا بكونه معصوما وانما بطلت عصمته بعارض الكفر ثم لما اسلم عادت
العصمة فصارت العصمة به لا بقبول الجزية والذي ملك موضع السكنى
بالشراء او غيره من اسباب الملك فلا يجوز ايجاب البدل عليه بسكناه في موضع
مملوك له فلو كانت الجزية اجرة كان وجوبها بالاجارة لا محالة وفي الاجارة
يشترط التاقيت لان الابهام يبطلها وحيث لم يشترط التاقيت في السكنى دل
ان الجزية ما كانت بسبيل الاجرة قوله وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت
اي الجزية ولفظ مختصر القدوري اثبته في شرح الاقطع بقوله وان اجتمع حولان
تداخلت وقال في كتاب الخراج من الجامع الصغير في الذي يلزمه خراج راسه فمضت — تداخل الجزيه
السنة فلم يؤدها حتى جاءت سنة اخرى انه لا يؤخذ بما مضى وقال ابو يوسف
ومحمد يؤخذ وقال في وجيزهم ولو اجتمع عليه جزية سنتين لم يتداخلا لان
امتداد المدة ليس بمناف للواجب بل هو مؤكد للتسبب لان سبب وجوب الجزية
هو كفر الكافر وقد تغلظ بطول المدة فلما كان مؤكدا له لا منافيا استقر الواجب
لانه حق مالي يتكرر بتكرر الحول فلا يتداخل كخراج العقار والزكوة بخلاف
ما اذا اسلم او مات قبل استكمال السنة او بعدها حيث يسقط الجزية عندنا
خلافا للشافعي لان الاسلام ينافي الصغار والعقوبة الواجبة للبقاء على الكفر والموت
وصل الى العقوبة الاكبر فلا حاجة الى الادنى قال تعالى ولنذيقنهم من العذاب الادنى
دون العذاب الاكبر لعلهم يرجعون وقد مر التحقيق في الاسلام والموت قبل هذا
ولابي حنيفة ان الجزية عقوبة فاذا اجتمعت من جنس واحد تداخلت
كالحدود والدليل على انها عقوبة قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم

صاغرون ولهذا لا يقبل الجزية اذا بعث الذمي من يد نايبه بل يجي به
بنفسه ويوخذ منه على وجه الاذلال والاهانه ويدل عليه ايضا
اختصاصها باهل العقوبة وهم اهل القتال كالقتل والجواب عن القياس
على تحمل العقل فنقول ذاك ليس بصحيح لانه لا يكرر في المقيس عليه بل الواجب
الواحد موجل الى ثلاث سنين والزكوة لم تجب عقوبة بل وجبت طهره فبطل
القياس قال في شرح الطحاوي قبل على قول ابي حنيفة تجب ان يوخذ الجزية
كل سنه قبل تمامها من حيث يبقى من سنة يوم واحد قال فخر الاسلام في شرح
الجامع الصغير اختلف مشايخنا في قوله جاءت سنة اخرى فقال بعضهم معناه جي
مضت حتى يتحقق اجتماعها لانها عند اخر الحول تجب وهذا ضرب من المجاز
لان مجي كل شهر بمجي اوله وقال بعضهم معناه دخول اولها لان الجزية
انما تجب باول الحول وانما الحول تخفيف وتيسير وتاجيل عند ابي حنيفة وكذلك
قال هو في الزكوة انها تجب في اول الحول لان الجزية خلف عن القتل فيجب بنفس
سقوط الاصل فاذا كان كذلك وجب التداخل بحقيقه الاجتماع فاذا ثبت انها يجب
باول الحول فكلما مضى شهر ينبغي ان يوخذ منه بمنزلة الضرس ولا يوخذ الكل حتى
يتم السنة لان المعوض سلم فيجب ما بازايه كالاجرة قوله وان اجتمعت عليه
الحولان اي جزيتا الحولين لكنه حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه كما في
قوله تعالى واسئل القرية ولهذا المعنى انث الفعل ويجوز ان يراد بالحولين الحوليان
مجازا اطلاقا لاسم المحل على الحال او انث الفعل على تاويل السنة لان الحول في معناه
كقوله سايل نبي اسد ما هذه الصوت على تاويل الصيحة قوله عند تمام السنة اي
السنة الاولى يعني اذا مات الذمي قبل تمام السنة او في بعض السنة لا يوخذ منه
لانه ان مات قبل الوجوب فلا شبهة فيه وان مات بعد الوجوب فقد سقط
بالموت عندنا خلافا للشافعي وقد مر تحقيق ذلك قوله قد ذكرنا ما اشار به
الى قوله ولا تشرع العقوبة في الدنيا الا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت
والاسلام

والاسلام قوله خراج الارض على هذا الخلاف يعني تداخل اذا اجتمع الحولان
عند ابي حنيفة خلافا لهما وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق اي في الخراج وعلى
هذا يحتاج الى الفرق بين الخراج والجزيه ووجهه ان الخراج في حالة
البقاء موونه لا يلتفت فيه الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم
ارضا خراجية تجب عليه الخراج فجاز ان يتكرر ولا يتداخل بخلاف الجزية فانها
عقوبة محضة حيث لم يشرع في حق المسلم اصلا قوله بعد توالي السنين
اي بعد تتابعها قوله على ما بيناه اراد به ما ذكر قبل هذا بقوله و
لانها وجبت عقوبة على الكفر قوله ولهذا لا يقبل منه لو بعث على يد نايبه
ايضاح لقوله وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر يعني ان الذمي ياتي بالجزية
بنفسه ولا يبعثها على يدي غيره فاذا بعثها فلا يقبل بل يكلف ان ياتي بها بنفسه
ماشيا لا راكبا ويعطيها قايما والاخذ قاعد ويده تحت يد الاخذ ويوخذ تلبيبه
عند الاخذ ويحرك ويقال له اد الجزية يا يهودي او يا نصراني او يا عدو الله و
التلبيب بالفتح ما على موضع اللبب من الثياب واللبب موضع القلادة من
الصدر قوله في اصح الروايات في رواية لا يقبل بعث الجزية على يد نايبه
وفي رواية اخرى يقبل هذا ويوخذ بتلابيبه ويقال له اد الجزية يا ذمي
كذا ذكر في الفتاوي الصغرى قبيل مسايل الفاظ الكفر قوله حمله بعض
المشايخ على المضي الى اخره مر بيانه قوله هو مجري على حقيقته اي
حقيقة المجي وهو دخول السنه وذلك لان الجزية بدل عن اسقاط
القتل فيسقط القتل بقبول الجزية في اول السنه فيجب البدل ايضا وهو
الجزية في اول السنه بخلاف خراج الارض فانه تجب في مقابلة الانتفاع
بالارض فما لم يسلم له الانتفاع بها لا تجب فلهذا لم تجب باول الحول قوله
والاصح ان الوجوب عند ابي حنيفة ابتداء الحول وعند الشافعي في اخره اعتبارا
بالزكوة يعني ان وجوب الجزية عنده باخر الحول قياسا على الزكوة وقياسه

موضع القلادة

ممنوع لان الزكوة تجب باول الحول عندنا وشرط الحول للتخفيف وقد مر
قبل هذا وتخفيفه ان الجزية بدل عن اسقاط القتل وعن النصرة في حقنا لكن
عن اسقاط القتل وعن النصرة في المستقبل لا في الماضي لان القتل انما يجب عليهم
لحراب قايم لا ماض ولهذا اذا اسلموا يسقط عنهم القتل وان كانوا حاربوا قبل
ذلك والنصرة ايضا يكون في المستقبل لا الماضي لان الماضي وقت الغيب عنه تكفينا
مونته فلا تجب الجزية لاجل السنة الماضية فاذا كان كذلك وجبت الجزية باول
الحول لان مبدلها وهو سقوط القتل او النصرة بالمال يجب ابتداء الحول لانه
اول اوقات امكان الوجوب **قوله** على ما قررناه اشارة الى قوله لان
القتل انما يستوفى لحراب قايم في الحال لا لحراب ماض بلا اخره **فصل**
لما فرغ عن بيان ما يجب على اهل الذمة من الجزية شرع في بيان متعبداتهم
ما يجوز منها وما لا يجوز **قوله** ولا تجوز احداث بيعة ولا كنيسة
في دار الاسلام هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وان انهدمت
البيع والكنايس القديمة اعادوها الكنيسة اسم لمتعبد اليهود والنصارى
وكذلك البيعة اسم لمتعبدهم مطلقا الا ان الاستعمال غلب في الكنيسة
لمتعبد اليهود **وفي البيعة** لمتعبد النصارى وانما لم يجز الاحداث لقوله
عليه السلام لا خصاء في الاسلام ولا كنيسة والمراد منه احداثها بالاجماع
لان القديمة يترك على حالها قيل في تاويل الخصاء المراد منه ان لا يخصى الرجل
وقد قيل ذلك في تاويل قوله تعالى ولآمرنهم فليغيرن خلق الله والمناسبة
على هذا التاويل بين الخصاء والكنيسة ان في كل منهما نوع ضعف ففي الخصاء ضعف
بنية الخصي وفي بناء الكنيسة ضعف اهل الاسلام وقيل المراد منه الرجل
يمتنع من النساء كما يفعله اهل الكتاب من الرهبانية فيكونون في حكم الخصاء
ثم كما لا يجوز احداث البيعة والكنيسة لا يجوز احداث الصومعة ايضا
ليتعبد احد منهم فيها على وجه الخلوة لانه بمنزلة البيعة بخلاف

ماذا

ماذا اعين موضعا من البيت لصلوة وصلى فيه حيث لا يمنع منه لكونه لمسكنه
قال صاحب الهداية وهذا في الامصار دون القرى اي عدم جواز احداث
البيعة والكنايس في المصر لا في القرية ولا يمنع من احداثها في القرية والفرق
ان المصر موضع اقامة الحدود وتنفيذ الاحكام بخلاف القرية فيمنع كذلك
عن الاحداث في المصر دون القرية ثم قال صاحب الهداية والمروي
عن صاحب المذهب في قرى الكوفة الذي روي عن ابي حنيفة من عدم المنع عن
احداث البيعة والكنيسة في قرى الكوفة لان قرى بلادنا لان اكثر اهلها
كانوا اهل الذمة فلم يكن قراها موضع تنفيذ الاحكام لغلبتهم فلم يرد المنع من
الاحداث بخلاف قرى بلادنا فان اهل الذمة فيها مغلوبون
فيمنعوا من الاحداث **اما اذا** انهدمت البيع والكنايس القديمة اعادوها
كما كانت في الاول والمراد من القديمة ما كانت قبل فتح الامام بلدهم ومصالحتهم
على اقرارهم على بلدهم دارا منهم ولا يشترط ان تكون في زمن الصحابة والتابعين
لا محالة وذلك لان الصلح لما وقع على تقريرهم وترك التعرض لهم دل ذلك على اعادة
ما انهدم منها لان الامام لما اقر اهلها عليها مع ان الابنية لا تبقى على الدوام كان
فيه دلالة الاعادة كما في ساير ابنيتهم قال في الفتاوى الصغرى اذا ارادوا احداث
البيع والكنايس في الامصار يمنعون بالاجماع **اما** في السواد ذكر في العشر و
الخراج انهم يمنعون وفي الاجارات انهم لا يمنعون واختلف المشايخ فيه قال
مشايخ بلخ يمنع وقال الفضلي ومشايخ بخارا لا يمنع وذكر شمس الايمة السرخسي في
باب اجارة الدور والبيوت من شرح الاجارات الاصح عندي انهم يمنعون
عن ذلك في السواد وذكر هو في السير الكبير فقال ان كانت قرية غالب اهلها
اهل الذمة لا يمنعون اما القرية التي سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على
نحو ما ذكرنا وهل تهدم البيع القديمة في السواد على الروايات كلها لا اما في
الامصار ذكر في الاجارات انه لا تهدم البيع القديمة بل تترك وذكر في العشر

والخراج انها تهدم قال الناطفي في واقعاته قال محمد ليس ينبغي ان يترك في ارض العرب
كنيسة ولا بيعة ولا بيت نار وروي عنه اذا كان في البلدان المفتتحة كنايس تترك
في القرى في الروايات كلها واما في الامصار فقال محمد في نوادر هشام يهدم وفي
المجرد عن ابي حنيفة يترك واما الصلحية يترك في المواضع كلها في الروايات
كلها ويمنع من احداثها في الامصار والقرى في قولهم جميعا وقال محمد في نوادر
هشام ان انهدمت كنيسة من كنايسهم او بيعة او بيت نار فلهم ان يبنوا كما كان
وليس لهم ان يحولوها من موضع الى موضع اخر في المصر فقوله ان يبنوه كما كان
يريد به قدر بناء الاول اما الزيادة على بناء الاول ممنوع لانه احداث
بيعة في المصر الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى كتبته تكثيرا للفوايد والخصا
بالكسر والمد مصدر خصاه من باب رماه اذا سل خصييه قوله لان فيها
نقض الشعاير اي في قرى بلادنا نقض علامات الاسلام كالاذان والصلوة
بالجماعة قوله والمروي عن صاحب المذهب اراد به ابا حنيفة رضي الله عنه
وانما ذكرها هنا لذلك دون ساير المواضع لانه ذكر ان اكثر اهل قرى الكوفة اهل
الذمة نزهه عن نقيصتهم فقال انه وان كان كوفيا لكنه جليل القدر بري
ساحته عن الوباء منشئ المذهب مقتدى اهل الاسلام رضي الله عنه قوله
ولا في ارض العرب يمنعون من ذلك في امصارها وقراها ذكره تفريعا
لمسئلة القدوري وذلك لقوله عليه السلام لا يجتمع دينان في جزيرة العرب
وحدث صاحب السنن باسناده الى جابر بن عبد الله قال اخبرني عمر بن الخطاب
انه سمع رسول الله صلى الله عليه يقول لاخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب
فلا اترك فيها الا مسلما وقال قد اجلى عمر رضي الله عنه يهود نجران وفدك وانما
سميت بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد احاطت
بها قال ابو عبيدة جزيرة العرب ما بين حفر ابي موسى الى اقصى اليمن في الطول
واما العرض فما بين رمل يبرين الى منقطع السماوة وقال الاصمعي جزيرة
العرب

العرب من اقصى عدن ابين الى ريف العراق في الطول واما العرض فمن
جدة وما والاها من ساحل البحر الى اطراف الشام قال ابو عبيدة امر رسول
الله صلى الله عليه باخراج اليهود والنصارى من هذا كله ورايت في شرح
ديوان الفرزدق ان حفر ابي موسى ماء لبلعنبر على خمس مراحل من البصرة
قال الكرخي في مختصره ارض العرب لها حكم ليس في امصار المسلمين
التي ليست في ارض العرب يمنع المشركون من اهل الذمة ان يتخذوا ارض
العرب مسكنا ووطنا ولا يمنعون ذلك في امصار المسلمين التي ليست في ارض
العرب وقال ايضا فيه اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير
ذلك فليصنعوا في كنايسهم القديمة من ذلك ما احبوا فاما ان يخرجوا
ذلك من الكنايس حتى يظهر في المصر فليس لهم ذلك ولكن ليخرجوا خفيا
من كنايسهم حتى اذا اخرجوا من المصر الى غير المصر فليصنعوا من ذلك ما
احبوا انما يكره ان يظهر ذلك في المصر فاما ضرب الناقوس فليس ينبغي ان
يمنعوا في المصر اذا كانوا يضربون في جوف كنايسهم القديمة فاما ان يضربوا
به خارجا منها فليس ينبغي ان يتركوا ان يفعلوا ذلك الى هنا لفظه قوله ويؤخذ
اهل الذمة بالتميز عن المسلمين في زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا
يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح هذه رواية القدوري وفي بعض رواياته ولا
يتحملون بالسلاح وقال ابو حنيفة في الجامع الصغير يأخذ الامام اهل الذمة
باظهار الكستيجات والركوب على السروج التي كهيئة الاكف تفسيره ما قال
الكرخي في مختصره وهي ان يكون على قربوس السرج مثل الرمانة وقال
ايضا فيه قال ابو حنيفة ينبغي ان لا يترك احد من اهل الذمة يتشبه بالمسلمين
في لباسه ولا في مراكبه ولا في هيئته وفسر الكرخي الكستيج بالخيط يعقده
على وسطه وعن ابي يوسف الكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمي
فوق ثيابه دون ما يتزين به من الزنانير المتخذة من الابريسم قال فخر الاسلام

في تفسير الكستيجات في اغلام الكفر وهي فارسية معرب وحقيقته العجز والذل
بلغة العجم وقال الكرخي يكون قلانس الرجال سودا طوالا مضربة وبهذا كان
عمر بن الخطاب امر عماله ان ياخذوا اهل الذمة والاصل فيه ان الله تعالى وصفهم بالصغار
وهو الذل المتناهي ووصف المؤمنين بالعزة قال تعالى ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين
فلما كان كذلك وجب ان يتميزوا في مراكبهم وثيابهم وهيئاتهم اظهارا لما يدل على
الذل والصغار صيانة لضعفاء المسلمين حتى لا يميلوا اليهم بان راوهم اصحاب
النعمة والنعمة والخفض والدعة فنقول ان المؤمنين في مشقة ومحنة واهل
الذمة في راحة ونعمة اليه اشار الله عز وجل بقوله ولولا ان يكون الناس
امة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة فلذلك وجب تمييزهم
بالعلامة واثار يدل على الذل ولا يتركون يتجملون حتى قال مشايخنا الاحق ان
لا يتركوا ان يركبوا الا عند الضرورة وخصوصا في اسواق المسلمين ومجامع طرقهم فاذا جاءت
الضرورة فلينزلوا في مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة امروا باتخاذ السرج
كهيئة الاكف على الوجه الذي قدمناه ولان العلامة لو لم يكن ربما يعامل
بالذمي معاملة المسلمين ولا يجوز ذلك وهذا لان المسلم واجب الاكرام والذمي
واجب الاهانة فلا ابتداء بالسلام عليه ويلجاء الى اضيق الطرق
ويجوز ان يموت الذمي فجاءة في الطريق فاذا لم يكن به علامة يصلي به ما يصنع
بموتى المسلمين والاحتراز عن مثل ذلك واجب فان قلت النبي عليه السلام
لم ياخذ بذلك اليهود والنصارى فكيف تبتدئ له قلت تبتدئ ذلك باجماع
الصحابة في خلافة عمر رضي الله عنه حيث امر عماله ان ياخذوهم بذلك واجماعهم
حجة وقال الشيخ ابو نصر انما لم يفعل ذلك للتمييز ويهود المدينة كانوا يعرفون
باعيانهم ولا يشتبه حالهم على احد من اهل المدينة ونصارى نجران كانوا متفردين
بها وكذلك مجوس هجر فلما فتحت البلاد في زمن عمر رضي الله عنه وكثر الناس
واختلطوا وجب تمييزهم للمعنى الذي قدمناه قوله كهيئة الاكف جمع اكاف
قوله

قوله فانه جفا في حق الاسلام اي فان الزنا ومن الابريسم جفا في حق اهل
الاسلام اي خرق وترك لحسن العشرة بالمسلمين وذلك لان من اعز عدو
الصديق فقد اهان الصديق والابريسم معرب والعرب تخلط فيما ليس
من كلامها قال ابن السكيت الابريسم بكسر الهمزة والراء وفتح السين كذا في
الصحاح قوله ويجب ان تتميز نساؤهم عن نسائنا في الطرقات والحمامات
يعني بالعلامات كالجلاجل وغير ذلك قال شمس الائمة السرخسي في شرح
الجامع الصغير وقال ايضا فيه وكذلك من يكون بارزة من نسائهم تؤمر باتخاذ
علامة فوق الملاءة لتتميز بذلك عن المسلمات فان كانت ممن لا تخرج من
بيتها لم تؤمر باتخاذ العلامة لانه لا حاجة الى ذلك اذا لم تخرج قوله قالوا
اي قال مشايخنا قوله للضرورة وهي كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض
الى موضع يحتاج اليه فاذا ركبوا للضرورة لا يركبون على السرج لان ذلك للغزاة
ولهذا يكره للنساء الركوب على السروج لانهن لسن من اهل الحرب
لكن تتخذ كهيئة الاكف وهو المراد بقوله بالصفة التي تقدمت ثم اتخذوا
المصر يتركون وكذلك يمنعون ان يلبسوا مثل لباس اهل العلم واهل الصلاح
اهانة لهم كذا ذكر الامام العتابي وغيره قوله ومن امتنع من الجزية او
قتل مسلما او سب النبي صلى الله عليه او زنا بمسلمة لم ينتقض عهده هذا لفظ
القدوري في مختصره وقال الشافعي ينتقض العهد بجميع ذلك كذا ذكره الشيخ ابو
نصر لنا ان الجزية دين والامتناع من اداء سائر الديون ليس بنقض للعهد
فكذا الامتناع منها ولان القتل يسقط عنهم بقبول الجزية لا باداءها بالاتفاق
وقبولها باق كما كان فلا ينتقض العهد فبهذا سقط احتجاجهم بقوله تعالى حتى يعطوا
الجزية لان اعطاءها ليس بشرط سقوط القتل بل قبولها كاف ولان سب النبي
صلى الله عليه لو وقع من مسلم كان كفرا والكفر مقترن بعقد الذمة ليس
برافع له فلان لا يكون الكفر الطارئ رافعا اولى واحرى لان البقاء اسهل من الابتداء

عز العرق

اولان النصارى ينسبون صانع العالم ويقولون ثالث ثلاثة وله ولد ويقول
اليهود عزير ابن الله ويقول المجوس لصد الخير من النور والشر من الظلمة
ومع هذا لم يصيروا ناقضين للعهد فكذا اذا سبوا النبي صلى الله عليه فلو قالوا
في سب النبي صلى الله عليه وهن بالاسلام نتقول فكذلك في سب البارى تعالى
ولكن لم يكن ذلك نقضا للعهد لما كان يبلغ الامام ازالته بالضرب والحبس
والتعزير فكذا سب النبى صلى الله عليه يؤيد ما روى عن عايشة رضى الله عنها
لما دخل رهط من اليهود على رسول الله صلى الله عليه وقالوا السام عليك
قالت ففهمتها وقلت عليكم السام **واللعنة** فقال عليه السلام مهلا
يا عايشة فان الله يحب الرفق في الامر كله قالت فقلت يا رسول الم تسمع
ما قالوا فقال قد قلت وعليكم ولا شك ان هذا سب للنبى صلى الله عليه فلو كان
نقضا للعهد لقتلهم **قوله** ينتقض ايمانه يعني لو كان مومنا **قوله** خلف
عنه اي عن الايمان **قوله** لا يمنعه اي العهد الذمى **قوله** ولا ينتقض العهد الا
ان يلتحق بدار الحرب او يغلبوا على موضع فيحاربونا اي قال القدورى في
مختصره وذلك لان المقصود من ضرب الجزية دفع شرهم فلا يحصل المقصود
حينئذ فينتقض العهد ثم اذا ثبت نقض عهده فحكمه حكم المرتد فيجعل ذلك كالموت
فيعمل في تركته ما يعمل في تركة المرتد فان خلف امراة ذمية في دار الاسلام بانت
منه لتباين الدارين **اما اذا** الحقت معه بدارهم ثم عادا الى دارنا فهما على نكاحهما
لعدم تباين الدارين الا ان الذمي اللاحق بدارهم اذا ظهر عليها يسترق لانه
جايز ابقاؤه على الكفر بالذمة بخلاف المرتد فانه لا يسترق لانه لا يجوز
ابقاؤه على الكفر بل يقتل ان لم يتب والمرتدة ما دامت في دارنا لا تسترق فاذا
لحقت بدار الحرب ثم سبيت استرقت وتجبر مع ذلك على الاسلام لان الصحابة
استرقوا نساء بني حنيفة وكانت ام محمد الحنفية منهم **قوله** وكذا الحكم
ما حمله من ماله يعني ان الذمي الناقض للعهد اذا حمل ماله الى دار الحرب
يكون

يكون ذلك فيئا للمسلمين اذا ظهروا عليها كمال المرتد اذا حمله الى دار الحرب

فصل وانما افرد بذكر نصارى
بنى تغلب في فصل على حدة لمخالفتهم ساير النصارى في الاحكام **قوله** ونصارى
بني تغلب يوخذ من اموالهم ضعف ما يوخذ من الزكوة والاصل فيه ما ذكر ابو
يوسف في كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة ابن النعمان
التغلبي انه قال لعمر بن الخطاب يا امير المومنين ان بني تغلب من قد علمت
شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتد مؤنتهم فان رايت
ان تعطيهم شيئا فافعل قال فصالحهم عمر على ان لا يغمسوا احدا من اولادهم في النصرانية
ويضاعف عليهم الصدقة وعلى ان يسقط الجزية عن رؤسهم فكل نصراني من بني تغلب
له غنم سايمة فليس فيها شي حتى يبلغ اربعين فاذا بلغت اربعين سايمة ففيها
شاتان الى عشرين ومائة فاذا زادت شاة ففيها اربع من الغنم وعلى هذا
الحساب يوخذ صدقاتهم وكذلك البقر والابل اذا وجب على المسلم شي من ذلك
فعلى النصراني التغلبي مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقة **واما** الصبيان
فليس عليهم شي وكذلك ارضوهم التي كانت في ايديهم يوم صولحوا يوخذ منهم الضعف
ما يوخذ من المسلمين فاما الصبي والمعتوه فاهل العراق يرون ان يوخذ ضعف
الصدقة من ارضه ولا يوخذ من ماشيته واهل الحجاز يقولون يوخذ ذلك من
ماشيته وسبيل ذلك سبيل الخراج لانهم بدلوا من الجزية ولا شي عليهم في بقية
اموالهم ورقيقهم هذا لفظ ابي يوسف في كتاب الخراج **قوله** ويوخذ من نسايهم
ولا يوخذ من صبيانهم هذا لفظ القدوري في مختصره وهو ظاهر الرواية قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة انه
قال لا يوخذ من نساء بني تغلب شي ثم قال الفقيه وذكر عن ابي الحسن الكرخي انه قال
هذه الرواية اقيس لانه لا يوخذ من نساء اهل الذمة جزية فكذا لا يوخذ من نساء
بني تغلب مضاعفة الصدقة وقال زفر لا يوخذ من نسايهم وبه قال الشافعي

وجه قول زفر ان الماخوذ من بني تغلب جزية والجزية خلف عن القتل ولا قتل
على المراة فلا تجب الجزية لعدم تصور الاصل والدليل على انها جزية قول عمر رضي الله عنه
هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا كان مصرفه مصرف الجزية فصارت
نسوانهم كصبيانهم ووجه قول اصحابنا في الظاهر ان الماخوذ من بني تغلب مال
وجب بالصلح على الصدقة المضاعفة والمراة اهل لما تجب بالصلح فيجب عليها الصدقة
المضاعفة كالرجل ومن قضيتهم التضعيف ان لا يتبدل اصل الحق فاذا لم يتبدل لم
يكن الماخوذ جزية بل وجبت على نسائهم ضعف ما وجبت على نسائنا بخلاف
الصبي فانه لا تجب على صبياننا الزكوة فلا يضعف على صبيانهم وليس هذا كالعشر
فانه يوخذ من ارض صبياننا فلذلك يوخذ من ارض صبيانهم ايضا مضاعفا ولانه
حق يعتبر في وجوبه الحول والنصاب نظرا كالزكوة فيضعف على نسائهم لان
الانوثة لا تنافي الزكوة بخلاف الصبي ولا نسلم ان الماخوذ جزية بل هو خراج لان الماخوذ
منهم اذا كان متعلقا بالمال يسمى خراجا واذا كان متعلقا بالرؤوس يسمى جزية و
هذا متعلق بالمال لا بالرؤوس فلا يكون جزية يؤيده ان عمر رضي الله عنه صالحهم
على ان يسقط الجزية عن رؤوسهم ولا نسلم ان يكون مصرفه مصرف الجزية يدل على
انه جزية لان مصرفه مصالح المسلمين وهو ليس يختص بالجزية وحدها بل
يوضع فيه الخراج الارضي والجزية وما اهداه اهل الحرب وغيرها ولهذا لا يراعى
فيه شرائط الجزية من وصف الصغار وعدم القبول من يد النائب وكون المعطي قائما
والقابض قاعدا واخذ التلبيب والهز الا ترى ان الجزية يوخذ من الفقير المعتمل ولا
يوخذ الصدقة المضاعفة من الفقير التغلبي والجواب عن قولهم لا قتل على المراة
فلا تجب الجزية فنقول لا نسلم ان لا قتل عليها مطلقا بل يقتل اذا كانت ملكة او سبابة
للنبي صلى الله عليه وانما لا يقتل في ساير الصور لعدم العلة وهي الحراب و الماخوذ منهم
بسبيل الرضا لانه وجب بالصلح والمراة من اهله فيجب عليها قوله من اهل وجوب
مثله اي من اهل وجوب مثل ما الذي وجب بالصلح لانها ان تصالح على مال قوله وذلك لا يختص
بالجزية

بالجزية اشارة الى ما ذكر ان المال قوله لا يراعى فيه شرائطها اي لا يراعى في الماخوذ
من بني تغلب شرائط الجزية من وصف الصغار ونحوه وقد مر بيانه قبيل هذا قوله
ولو وضع على مولى التغلبي الخراج وهذه من مسائل الجامع الصغير وفسره صاحب
الهداية بقوله اي الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشي بيانه ان القرشي
لا يجوز اخذ الجزية والخراج منه ويجوز اخذ ذلك من عبده النصراني اذا اعتقه
فكذلك لا يجوز اخذ الخراج من التغلبي ويجوز من عبده الذي وعند زفر يضاعف على اعتقه ع
مولى التغلبي كالتغلبي وهو المروي عن الشعبي لما روي في شرح الآثار والسنن عن
النبي صلى الله عليه انه قال مولى القوم من انفسهم ولنا ان الماخوذ من بني تغلب على
وجه التضعيف تخفيف لان الاصل وجوب الجزية على وجه الصغار كما
في ساير النصارى ثم الموالي لا يلحق بالاصل فيما هو تخفيف الا ترى ان الاسلام من اعلى
اسباب التخفيف ثم المسلم لا يوضع عليه الجزية ولو وضع على عبده النصراني الذي
اعتقه ولا يتعدى حكم التخفيف الثابت للمسلم الى مولاه فلان لا يتعدى حكم التخفيف
الثابت للتغلبي الى مولاه اولى واحرى ولا يلزم حرمة الصدقة على مولى الهاشمي لان
الشبهات في باب الحرمات ملحقات بالحقيقة فالحق مولاه في الحرمة وليس كذلك
مولى الغني لان الغني اهل للصدقة الا ترى انه اذا كان عاملا يعطى منها ما يكفيه
والهاشمي ليس باهل للصدقة لكونها من اوساخ الناس تعظيما لقرابة
الرسول ولهذا لا تحل له الصدقة وان كان عاملا لكن الغنا مانع لم يوجد ذلك في
حق المولى فلم يحرم الصدقة عليه لعدم المانع والجواب عن الحديث ان
ذلك ورد بخلاف القياس فاقتصر على مورد النص وهو حرمة الصدقة خاصة
فلم يجز التعدية الى غيرها وقد مر في كتاب الزكوة في باب من يجوز دفع الصدقة
اليه او نقول مولى التغلبي لا يلحق بالتغلبي لما ان الجزية اصلها ثابت بكتاب الله
والصدقة المضاعفة وجبت على وجه الصلح دفعا للضرورة ولا ضرورة في
حق المولى فيرد حال المولى الى الاصل الذي هو الجزية والخراج قوله وما

جباه الامام من الخراج ومن اموال بني تغلب وما اهداه اهل الحرب الى الامام
والجزية يصرف في مصالح المسلمين كسد الثغور وبناء القناطر والجسور ويعطي
قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع ارزاق المقاتلة ودراريهم
وهذه من مسئلة القدوري وذلك لان جميع ذلك مال وصل الى المسلمين من جهة
الكفار بلا قتال وموضعه بيت المال وما في بيت المال معد لمصالح المسلمين وهذه
الجهات مصالح المسلمين فيصرف اليها ونفقات دراري المقاتلة واجبة عليهم
فلو لم يكف مؤن الدراري اباءهم لم يتفرغوا للقتال ولبطل امر الجهاد الذي هو
من اعظم مصالح المسلمين لاشتغال المقاتلة بالكسب لنفقات الدراري فوجب
اعطاء نفقات الدراري ايضا واقامة لمصلحة المسلمين قال في الشامل في قسم
المبسوط في كتاب الزكوة والخراج يصرف الى عطايا المقاتلة وسد الثغور وبناء
الرباطات والقناطر ولا يوضع موضع الزكوة الا اذا كان للفقراء حاجة هكذا
روي عن عمر رضي الله عنه وقال ان لكل احد من المسلمين فيه حقا وصرفه الى هذه
المصالح الى هنا لفظه وقد روينا في كتاب الزكوة عن شرح الطحاوي جملة
ما يجيء في بيت المال وهي اربعة انواع فنظر ثمة والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة
البلدان **قوله** ما يكفيهم مفعول يعطي **قوله** وهؤلاء عليهم اي القضاة وعمالهم
عملة المسلمين والعملة جمع عامل **قوله** ومن مات في نصف السنة فلا شيء
له من العطاء وهذه من خواص الجامع الصغير والمراد من العطاء ما يفرض للغزاة
ونحوهم في بيت المال قال شمس الائمة السرخسي في شرحه للجامع الصغير يعني الغازي
الذي اثبت اسمه في الديوان يستحق عطاءه من بيت المال في كل سنة فاذا مات
في نصف السنة فانما مات قبل تاكد حقه بمجيء وقت المطالبة وثبوت الاستحقاق
فلا يصير ذلك ميراثا لورثته على ما بينا ان الحق الضعيف لا يجري فيه الارث
الى هنا لفظ شمس الائمة وقال صاحب الهداية واهل العطاء في زماننا مثل القاضي و
المدرس والمفتي وقد كان يعطي في الابتداء لكل من له ضرب مزية في الاسلام مثل ازواج
النبي

النبي صلى الله ومثل اولاد المهاجرين والانصار او لمن كان عاجزا احتاج الى معونة
وذلك كله يبطل بالموت لان ما يعطى هؤلاء صلة لا يملك قبل القبض وليس بدين و
لهذا لا يورث عنه الا ترى ان النفقة صلة يشبه الدين ومع هذا يسقط بموت
احد الزوجين فلان يسقط العطاء بالموت ولا يشبه الدين اولى واحرى وقد
حققنا كون النفقة صلة في باب النفقات ونظرته قال فخر الاسلام في شرح
الجامع الصغير وانما خص نصف السنة لان عند اخر السنة يستحب ان يصرف ذلك
الى ورثته لانه قد اوفى عناءه فاما قبل ذلك فلا الا على قدر عنايه وقال شمس الائمة
في شرح الجامع الصغير ولم يذكر حكم ما اذا مات بعد تمام السنة قبل ان يخرج عطاؤه
ما حكمه والصحيح من الجواب فيه انه لا يصير ميراثا ايضا لان استحقاق العطاء
بطريق الصلة والصلات لا تتم الا بالقبض وان ثبت الاستحقاق قبل القبض
فاذا مات لم تخلفه ورثته فيه بمنزلة حق الاخذ بالشفعة وهو نظير ما قال
علماؤنا في الزمة اذا مات بعد وجوب الحق عليه قبل الاداء انه لا يستوفى
من تركته لان ذلك حق الجاهد بن صلة فاذا كان بموت من عليه قبل الاداء يسقط
ما هو عليه وان ثبت الاستحقاق فلذلك بموت من له يسقط ما هو صلة وان
ثبت الاستحقاق

باب احكام المرتدين

لما فرغ عن احكام الكفار من الاصل شرع في احكام الكفار بعد الاسلام لان
العارض بعد الاصل في الوجود فناسب ان يكون كذلك وضعا **قوله** واذا
ارتد المسلم عن الاسلام عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة كشفت وفي
عنه وفي بعض نسخ القدوري كشفت له اعلم ان المسلم اذا ارتد عن الاسلام عرض
عليه الاسلام فان اسلم والا قتل مكانه الا ان يطلب ان يؤجل فيؤجل ثلاثة
ايام فان ابى ان يسلم قيل هكذا ذكر الحاكم في الكافي وشمس الائمة البيهقي
في الشامل في قسم المبسوط وقال في الجامع الصغير في المسلم يرتد انه يقتل حرا
كان او عبدا قال فخر الاسلام في شرحه ولا يؤخر الا ان يستمهل لانه تدبانه بعد

المعرفة فلا عقوبة له فاذا استمهل ابلاء للعذر امهل وقال في شرح الطحاوي المسلم العاقل
البالغ اذا ارتد عن الاسلام فانه يستتاب فان تاب واسلم والا قتل مكانه الا اذا
طلب ان يؤجل فانه يؤجل ثلاثة ايام هكذا ذكر محمد في السير الكبير ولا يزاد على
ثلاثة ايام ولو قتله رجل قبل الاستتابة او قطع عضوا منه باذن الامام او بغير
اذن الامام فلا ضمان عليه لانه لا قيمة لدمه لكنه اذا فعل ذلك بغير اذن الامام
أدب على ما صنع كذا في شرح الطحاوي وقال الكرخي في مختصره للامام ان يؤجله
اذا طمع في اسلامه ولا يؤجله اكثر من ثلاثة ايام وقال في وجيزهم في امهال المرتد
ثلاثة ايام قولان لهم انما يعرض الاسلام على المرتد لما روي عن عمر رضي الله عنه
ان رجلا جاءه البريد من قبل ابي موسى الاشعري فقال عمر رضي الله عنه هل من
مغربة خبر قال نعم رجل ارتد عن الاسلام فقتلناه فقال هلا حبستموه في بيت ثلاثة
ايام واطعمتموه في كل يوم رغيفا لعله يتوب او يقتل ثم قال اللهم اني لم آمر ولم ارض
اذ بلغني كذا ذكره الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولان الظاهر من
حال من تبدل الاسلام بعد المعرفة ووقوعه في الكفر لشبهة معترضة فيزال
شبهته بعرض الاسلام عليه لكن العرض مستحب لا واجب لان المرتد كافر
بلغته الدعوة والكافر اذا بلغته الدعوة لا تجب تجديد العرض عليه بل يستحب
فكذا هذا وفائدة الاستحباب حل قتله قبل العرض واما وجوب القتل
فلقوله تعالى يقاتلونهم او يسلمون قال بعض المفسرين نزلت هذه الاية في
شان اهل الردة الذين ارتدوا على عهد ابي بكر الصديق ولقوله صلى الله عليه وسلم
من بدل دينه فاقتلوه ولانه بنفس الردة صار حربا لاهل الاسلام فيقتل
لانه كافر ليس بمستامن ولا ممن يقبل منه الجزية الا انه اذا استمهل
يمهل ثلاثة ايام رجاء الاسلام والتقدير بثلاثة ايام لما روينا في حديث
عمر رضي الله عنه ولانها مدة وضعت لابلاء الاعذار الا ترى الى قوله تعالى قال
ان سألتك عن شيء بعدها فلا تصاحبني قد بلغت من لدني عذرا اي ان سألتك
عن شيء

عن شيء بعد المرة الثانية مرة ثالثة فلا تصاحبني وقد عذرت معذورا في
مفارقتي وقوله تعالى تمتعوا في داركم ثلاثة ايام لانه تعالى امهل قوم صالح ثلثة
ايام بعد ما حق عليهم العذاب وقال عليه السلام لحبان بن منقذ اذا ابتعت فقل
لا خلابة ولي الخيار ثلاثة ايام وقد جعل عليه السلام الثلاثة مدة للتامل و
التردد ونقل الناطفي في الاجناس عن كتاب الارتداد للحسن فان تاب المرتد
وعاد الى الاسلام ثم عاد الى الكفر حتى فعل ذلك ثلاث مرات وفي كل مرة طلب
من الامام التاجيل اجله الامام ثلثة ايام فان عاد الى الكفر رابعا ثم طلب
التاجيل فانه لا يؤجله فان اسلم والا قتل وقال الكرخي في مختصره فان رجع
ايضا عن الاسلام فاتى به الامام بعد ثالثة استتابه ايضا فان لم يتب قتله
ولا يؤجله وان هو تاب ضربه ضربا وجيعا ولا يبلغ به الحد ثم يحبسه
ولا يخرجه من السجن حتى يرى عليه خشوع التوبة ويرى من حاله حال
انسان قد اخلص فاذا فعل ذلك خلى سبيله فان عاد بعد ما خلى سبيله فعل مثل
ذلك ابدا ما دام يرجع الى الاسلام ولا يقتل الا ان يابى ان يسلم قال الكرخي
وهذا قول اصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب ابدا وروي عن علي وابن عمر رضي
الله عنهما انه لا يقبل توبته بعد المرة الثالثة لانه مستخف مستهزئ وليس
بتايب بدليل قوله تعالى ان الذين امنوا ثم كفروا ثم امنوا ثم كفروا ثم ازدادوا
كفرا لم يكن الله ليغفر لهم وجه قول العامة ان الاية في حق من ازداد كفرا
لا في حق من امن واظهر التوبة ويدل على هذا اطلاق قوله تعالى ولا تقولوا
لمن القى اليكم السلم لست مؤمنا وقد روي عن النبي صلى الله عليه انه قال امرت
ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله قوله اعترته شبهة يقال عراه و
اعتراه بمعنى اي اتاه قوله فتزاح عنه اي تزال قوله وفيه دفع شره اي
في عرض الاسلام دفع شر المرتد قوله باحسن الامرين واراد بهما الاسلام والقتل
واحسنهما الاسلام قوله قال ويحبس ثلاثة ايام فان اسلم والا قتل اي قال القدوري

في خصوص **قوله** يستمهل والاستمهال طلب المهلة **قوله** لابلاء الاعذار اي لاظهارها مر بيانه انفا **قوله** باخير الواجب وهو القتل **قوله** لامر موهوم وهو اسلام المرتد **قوله** ولا فرق بين الحر والعبد اي لا فرق في قتل المرتد بين ان يكون حرا او عبدا اذا ابى الاسلام وفي امهاله اذا استمهل ثلاثة ايام ثم في استتابته وتخليته بعد ذلك اذا تاب او قتله اذا ابى لان الدلائل لا يفصل بينهما لقوله تعالى اقتلوا المشركين وقوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه **قوله** وكيفية توبته ان يتبرا عن الاديان كلها سوى الاسلام لانه لا دين له يعني لو كان له دين كاليهودية والنصرانية لوجب عليه ان يتبرا عن ذلك ولكن ليس له دين فلاجل هذا يتبرا عن الاديان كلها سوى دين الاسلام لكن هذا زايد بالشهادتين قال في شرح الطحاوي سيل ابو يوسف عن المرتد كيف يستتاب فقال يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا رسول الله وقال ان لم اذ خلت في هذا الدين قط وانا بريء منه اي من الدين الذي ارتد اليه فهي توبة ايضا كذا نقل ابو الحسن الكرخي عن ابي يوسف وقال في شرح الطحاوي ان اسلام النصراني ان يقول اشهد ان لا اله الا الله وان محمدا عبده ورسوله ويتبرا من النصرانية وان كان يهوديا يتبرا من اليهودية وكذلك اذا كان كل ملة توقف عليها واما اذا قال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله فانه لا يكون مسلما بهذا الاسم لانهم يقولون هذا الا انهم اذا فسروا قالوا رسول الله اليكم هذا في اليهود والنصارى الذين بين ظهراني اهل الاسلام واما اذا كان في دار الحرب وحمل عليه رجل من المسلمين فقال اشهد ان لا اله الا الله واشهد ان محمدا عبده ورسوله فهذا دليل الاسلام او قال محمد رسول الله او قال دخلت في دين الاسلام او قال دخلت في دين محمد عليه السلام فهذا دليل اسلامه ذكره في كتاب المرتد **قوله** قال فان قتله قاتل **قبل عرض** الاسلام عليه كره له ولا شيء على القاتل اي قال القدوري في مختصره وهذا لان القتل وجب عليه بالنصوص بمجرد الكفر فلم يجب الضمان على قاتله لقيام المبيح

المبيح وانما العرض كان مستحبا لا واجبا فلاجل هذا كره القتل قبل العرض لترك الاستحباب **قوله** فاما المرتدة فلا يقتل سوا كانت حرة او امة عند علمائنا وقال الشافعي يقتلان وهو قول ابي يوسف اولا كذا ذكره ابو الليث لعموم قوله عليه السلام من بدل دينه فاقتلوه وهذا لان كلمة من عامة يتناول الذكر والانثى ولان الاشتراك في العلة يوجب الاشتراك في الحكم وردة الرجل تبيح قتله فكذا ردة المراة للاشتراك في العلة وتحقيقه ان الكفر من اقبح القبايح فكان افناوه وعدمه واجبا بابلغ الوجوه وهو بافناء الكافر وقتله **ولنا** ما روى ابو يوسف في كتاب الخراج عن ابي حنيفة عن عاصم بن ابي النجود عن ابي رزين عن ابن عباس قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن يحبسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه وروى محمد بن الحسن في المبسوط وقال بلغنا عن ابن عباس انه قال اذا ارتدت المراة عن الاسلام حبست ولم تقتل
١٢١ ولان علة القتل هو الكفر المفضي الى الحراب وكفر المراة ليس بمفض الى الحراب لعدم صلاحيته بنيتها بخلاف كفر الرجل فانه مفض الى الحراب لصلاحية بنيته والدليل على هذا ان كل من كان كفره غير مفض الى الحراب لا يقتل كالكافر الاصلي فكذا هنا ولان الاصل ان تؤخر جزاء الجناية الى دار الجزاء وهي دار الاخرة لقوله تعالى اليوم تجزى كل نفس بما كسبت والمراد باليوم يوم الاخرة بالنقل لكن ترك هذا الاصل دفعا للشر والشر لا يتوجه الينا من النساء كما يتوجه من الرجال حتى اذا كانت المراة ملكة او ذات راي وتبع وجاه يقتل لا لكفرها بل لسعيها في الارض بالفساد وياتي البيان من بعد كيفية القتال والحراب عا ا تمسك فنقول ذلك عام متروك الظاهر لان من بدل دينه من اليهودية الى النصرانية وبالعكس او من الكفر الى الاسلام لا يقتل مع وجود التبديل فيحمل على الرجل المرتد صيانة للحديث عن التعطيل وتوفيقا بينه وبين ما روينا لان راوي ذلك الحديث ايضا ابن عباس ولا نسلم ان الاشتراك في العلة لان العلة ليست

مطلق الكفر بل الكفر المفضي الى الحراب كما بينا وباقي البحث يعلم في طريقة
الخلاف **قوله** عدل عنه اي عن الاصل **قوله** لشرنا جزا اراد به الواقع يقال
ناجزناه جزاء بجزاء يدا بيد **قوله** ذلك اي الحراب **قوله** فصارت المرتدة كما
لاصلية اي كالكافرة الاصلية يعني كما انها لا يقتل فكذلك المرتدة لا تقتل **قوله**
قال ولكن تحبس حتى تسلم اي قال القدوري في مختصره قال الحاكم في الكافي ولا يقتل
المراة ولكنها تحبس ابدا حتى تسلم وقال في الشامل في قسم المبسوط لا تقتل المرتدة
وتحبس ابدا حتى تسلم خلافا للشافعي وقال في التحفة تحبس المراة وتجبر على
الاسلام وتضرب في كل ثلاثة ايام الى ان تسلم ثم لا فرق بين الحرة والامة
الا ان الامة تدفع الى مولاها اذا طلبها مراعاة لحق الشرع وحق المولى بان تجعل
منزل المولى عليها سجنا ومحبسا و يفوض تاديبها اليه بالضرب والجبر
على الاسلام مع توفير حقه في الاستخدام وفي الاصل شرط احتياج المولى اليها
في الدفع ولم يشترط ذلك في الجامع الصغير قال فخر الاسلام والصحيح انها تدفع الى
المولى احتاج او استغنى وقال وكذلك لا يشترط طلب المولى ايضا وقال في كفاية
البيهقي يذكر الضرب في السير الكبير فان قلت للمولى حق الاستخدام في العبد
والامة جميعا فكيف دفعت الامة الى المولى دون العبد قلت لان العبد يقتل اذا ابى
فلا فائدة في الدفع اما الامة فلا تقتل لكنها تجبر على الاسلام والمولى يقدر على الجبر
مع الاستخدام وانما تحبس المراة وتجبر على الاسلام لما روينا من حديث ابن عباس
قبيل هذا ولانها لما ارتدت عن الاسلام بعد ما التزمته لم تجز تقررها على الكفر
لانها امتنعت عن ايفاء حق مستحق عليها ومن امتنع عن ايفاء حق مستحق عليه تجبر
على ايفائه بالحبس كما في حقوق العباد فكذا في حق الله تعالى لوجود الجامع وهو
الامتناع عن الحق المستحق ثم المرتدة اذا امت في دار الاسلام لا تسترق فان
لحقت بدار الحرب ثم سبيت استرقت وتجبر مع ذلك على الاسلام لان اصحاب
رسول الله صلى الله عليه استرقوا نساء بني حنيفة هذا ظاهر الرواية وعن ابي
حنيفة

حنيفة انها تسترق وان كانت في دار الاسلام ذكره الولوالجي **قوله**
اما الحر فلما ذكرنا واراد به قوله لانها امتنعت عن ايفاء حق الله الى اخره
قوله واما المولى اي اجبار المولى حذف المضاف واقام المضاف اليه مقامه
كما في قوله تعالى واسئل القرية اي اهل القرية **قوله** بين الحقين اي حق الله تعالى
وهو الجبر على الاسلام وحق العبد وهو الاستخدام **قوله** قال ويزول ملك المرتد
عن امواله بردته زوالا مراعى فان اسلم عادت الى حالها اي قال القدوري في مختصره
والمراد بالزوال المراعى ان يكون امر الزوال موقوفا الى ان يتبين حال المرتد بيانه في
قوله فان اسلم الى اخره يعني اذا اسلم يعود امواله الى حالها اي يبقى ملكا له كما كانت
وان قتل او مات على الردة او لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه يعمل حينئذ السبب المزيل
للملك وهو الردة عمله على البتات فينتقل الى ورثته كسب الاسلام دون كسب الردة
فانه في عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه وسيجي بعد هذا بيانه و**قال** الشيخ ابو
نصر البغدادي وغير هذا الذي ذكره القدوري من الزوال المراعي قول ابي حنيفة
وقال ابو يوسف ومحمد لا يزول ملكه الا ان ابا يوسف جعل تصرفه بمنزلة تصرف
من وجب عليه القصاص وجعل محمد بمنزلة المريض **وجه** قولهما في عدم الزوال
ان الردة سبب مبيح للدم واباحة الدم لا يوجب زوال الملك كمن وجب عليه
الرجم والقصاص فاذا كان كذلك كان حكمه حكم من وجب عليه القصاص فيعتبر
تبرعاته من جميع المال وقال محمد هو معرض للتلف اذ كان لكل واحد قتله بلا ضمان فصار
حاله **احسن** من حال المريض فاعتبر تصرفه في الثلث وجوابه من جهة ابي يوسف ان
المرتد متمكن من دفع الهلاك من نفسه بالاسلام بخلاف المريض و**جه** قول ابي
حنيفة رضي الله عنه قوله عليه السلام امرت ان اقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا
الله فاذا قالوها عصموا مني دماءهم واموالهم بيانه ان النبي صلى الله عليه علق عصمة
الدم والمال بالاسلام باظهار الشهادتين فيعلم منه سقوط عصمة الدم والمال
بالكفر فلما ارتد يزول ماله عنه لسقوط العصمة لكن قلنا يزول مراعيا لانه يرجى

اسلامه بالدعوة اليه لا بالاجبار عليه يوجب التوقف في الزوال لاجل هذا فان اسلم
صار كان لم يزل ملكه اصلا فان قتل او مات او لحق بدار الحرب وقضى بلحاقه فحينئذ الحكم
بالزوال البات لاستقرار الكفر **قوله** لانه مكلف محتاج يعني ان كونه مكلفا يقتضي
بقاء ملكه لا زواله لانه لا يتمكن من اقامة موجب التكليف الا بالمالكية وبقاء المالكية يوجب
تقرير الملك لا زواله **قوله** وهذا يوجب زوال ملكه اي كونه مقهورا يوجب ذلك لان المقهور
به اثر المملوكية فاذا ثبت انه مقهور مملوك في ايدينا ارتفعت مالكيته لمنافاة بين المالكية
والمملوكية فاذا ارتفعت المالكية زال الملك لا محالة لان ارتفاع المالكية مع بقاء الملك
محال **قوله** ومالكيته بالجر للعطف على قوله ملكه **قوله** جعل العارض كان لم يكن
في حق هذا الحكم اي جعل كفر المرتد اذا اسلم كان لم يكن في حق بقاء ماله على ملكه يعني جعل
كانه لم يزل عن ملكه اصلا واحترز بقوله في حق هذا الحكم عن حبوط عمله وعن بينونة
امرأته وعن وجوب تجديد كلمة الشهادة لان ردته لا تجعل كان لم يكن في حق هذه
الاحكام **قوله** فلم يعمل السبب ولم نعمل بالسبب اي لم يعمل السبب المزيل للملك
وهو الارتداد عمله حيث عادت امواله الى حالها الاولى ولم نعمل نحن ايضا بذلك
السبب حيث لم نعمل بزوال الملك **قوله** قال واذا مات او قتل على ردته انتقل ما
اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين الى اخره اي قال القدوري في مختصره فلو قال
وان مات او قتل على ردته او لحق بدار الحرب وحكم بلحاقه كان اولى لان حكم الحاكم
باللحاق مثل موته ولهذا صرح بذكره الكرخي في مختصره **اعلم** ان احد الاشياء الثلاثة
اذا وجد كان كسب اسلامه ميراثا للمسلمين من ورثته وكسب ردته فيء عند
ابي حنيفة وزفر رحمهما الله والحسن كذا ذكره الكرخي في مختصره وقال صاحباه كلاهما
ميراث لهم وقال الشافعي الكسبان جميعا فيء لان المسلم لا يرث الكافر لما روى صاحب
السنن باسناده الى اسامة ابن زيد قال لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وروي
في السنن ايضا عن رسول الله صلى الله عليه انه قال لا يتوارث اهل ملتين شتى فلما لم يرثه
المسلم كان ماله مال حربي مقهور في ايدينا فكان فيئا وهذا لانه بارتداده صار حربيا
علينا

علينا **ولنا** ما روى ابو يوسف في كتاب الخراج وقال حدثنا الاعمش عن ابي
عمرو عن علي رضي الله عنه انه اتي بمستورد العجلي وقد ارتد فعرض عليه الاسلام
فابى فقتله وجعل ميراثه بين ورثته من المسلمين **وجه** قولهما ان الردة
لم يوجب زوال الملك اصلا لما مر قبيل هذا فكانت عقوده في الردة نافذة عندهما
فكان حكم الكسبين سواء فانتقل الملك الى ورثته لموته او قتله او الحكم باللحاق
بدار الحرب ولا يقال انه توريث المسلم من الكافر لان التوريث يستند الى ما قبل الردة
فيكون كان كسب الردة كسب الاسلام فيكون هذا توريث المسلم من المسلم لا من الكافر
ووجه قول ابي حنيفة ان حرمة مال المسلم لحرمة دمه فلما سقطت العصمة
عن الدم باعتراض الكفر سقطت عن المال ايضا فكان فيئا لجميع المسلمين ما اكتسبه
في الردة بخلاف كسب الاسلام فانه مال معصوم انتقل الى ورثته باستقرار
الكفر بالموت او القتل او الحكم باللحاق بدارهم وقبل ذلك الحكم بالانتقال
لتردد حال المرتد هل يتم على الكفر او يتوب فان **قيل** ما معنى قولكم يزول ملك
المرتد زوالا موقوفا فانه لا يخلو من احد الامرين اما ان يزول او لا يزول فان زال وجب
ان لا يعود بالاسلام لان الساقط لا يعود وان لم يزل فلا معنى لقولكم يزول زوالا موقوفا
قلت جاز ان يزول ثم يعود بالاسلام الا ترى ان الملك يزول بالهبة والتسليم ثم
يعود بالرجوع وقوله لا معنى لقولكم يزول زوالا موقوفا فنقول مثل هذا ليس بممتنع كما
في الطلاق الرجعي والبيع المشروط فيه الخيار وكما في خيار المجلس عندهم فان قلت
اذا كانت الردة سببا مزيلا للملك فلا تخلو اما ان يكون الزوال قبلها او معها او بعدها
فلا يجوز الاول لان فيه تقديم المسبب على السبب وهو فاسد ولا يجوز الثاني لان الحكم
يعقب السبب ولا يكون مقترنا معه ولا يجوز الثالث لانه حينئذ ملك الكافر فلا يجوز
نقله الى المسلم **قلت** هذه مغالطة لانا لا نقول ينقل ملك الكافر الى المسلم بل ينقل
ملك المسلم الى المسلم بيانه ان الردة **موت** حكمي لقوله تعالى او من كان ميتا فاحييناه
اي كافرا فهديناه فيعتبر بالموت الحقيقي ثم الموت الحقيقي يزيل ملك الحي الى ملك الميت

فكذا الردة تزيل ملك المسلم لا ملك المرتد يعني قولنا مسلم ارتد بمنزلة قولنا مسلم
مات **قوله** كلاهما للورثة اي كلا الكسبين وهما كسب الاسلام والردة **قوله**
على ما بيناه اشارة الى قوله لانه مملوك محتاج الى الاخرة **قوله** ويستند الى ما قبيل
ردته اي يستند التوريث فاذا كان كذلك صار كانه اكتسب كسب الردة قبل الردة
قوله ولابي حنيفة انه يمكن الاستناد الى اخره يعني ان القول باسناد التوريث
ممكن في كسب الاسلام لوجود كسب الاسلام قبل الردة بخلاف كسب الردة فان
القول باسناد التوريث لا يمكن لعدم كسب الردة قبل الردة او من شرط
اسناد التوريث الى ما قبل الردة وجود الكسب قبل الردة ولم يوجد هذا لان
الشي يثبت ثم يستند **قوله** ثم انما يرثه من كان وارثا حالة الردة وبقي وارثا
الى وقت الموت في رواية عن ابي حنيفة اعتبارا للاستناد يعني يورث
منه كسب اسلامه عند ابي حنيفة من كان وارثا له عند وجود الردة الى ان
يوجد احد الاشياء الثلثة لاستناد الارث الى حالة الردة من وجه بيانه ان
الردة يثبت بها الارث بعد وجود الاشياء الثلثة وان لم يثبت قبل وجودها فاذا
وجدت صار كان الوارث ورثه حين الردة فلاجل هذا اشترط كونه وارثا الى وجود
احد الثلثة فلا يرثه الوارث اذا ارتد بعد ردة ابيه قبل موته على هذه الرواية
قوله وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة ولا يبطل استحقاقه بموته بل يخلفه
وارثه اي لا يبطل استحقاق الوارث بموت الوارث بل يخلف الوارث وارث
الوارث **وجهه** ان الردة كالموت فيعتبر زمان الردة وهذا قول زفر ايضا
كذا في الشامل قال الكرخي في مختصره من كان من الورثة حرا مسلما يوم ارتد فله
الميراث ومن كان من ورثته كافرا او عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل ان يقتل
او اسلم الكافر بعد الردة قبل القتل فلا ميراث له لانه لم يكن وارثا يوم ارتد ولو
كان وارث المرتد مسلما ثم ارتد فارتد الوارث بعد ردة ابيه قبل ان يقتل او يموت
او يلحق بدار الحرب او بعد ذلك قبل ان الحكم بلحاقه فله الميراث لانه كان وارثا
يوم

يوم ارتد ولا يعتبر ما حدث بعد ذلك وهذا قول ابي حنيفة وهذا لفظ
الكرخي واعتمد هو على هذه الرواية حيث لم يذكر لابي حنيفة قولا اخر
في مختصره ثم قال الكرخي فيه وقال ابو يوسف يعتبر حال الوارث يوم يقتل
المرتد او يموت او الحكم بلحاقه فان كان ممن يستحق الميراث منه الان يرثه
ولم يعتبر ما قبل ذلك واعتبر محمد حال الوارث يوم اللحاق لا يوم الحكم باللحاق
لان باللحاق يزول العصمة والامان والذمة في حق المستامن والذمي **وجه**
قول ابي يوسف ان العارض منصوص زواله فيتوقف ثبوت حكمه على القضا
وقال الكرخي خالف محمد ابا يوسف في هذا الوجه وقال هذا بمنزلة المكاتب
يموت وقد ترك وفاء فيودى الكتابة فانه يعتبر حال وارثه يوم مات
ولا يعتبر حاله يوم اديت الكتابة قال في الشامل اللحاق بالدار بمنزلة الموت
لانقطاع احكام دارنا ولايتنا عنه فهو كالهالك الا ان في الموت لا يحتاج الى
القضا وهنا يحتاج لان ذلك حقيقي مايوس عن ارتفاعه فالحكم يثبت به
بدون قضاء بخلاف اللحاق وبهذا خرج الجواب عن استدلال محمد بموت
المكاتب **قوله** وعنه انه يعتبر وجود الوارث عند الموت وهو قول ابي
يوسف ومحمد وقد ذكرناه انفا وذكر صاحب الهداية هذه الروايات تفريعا
لمسئلة القدوري وذلك لما علل في المتن وهو ان الحادث بعد انعقاد السبب قبل
تمام السبب كالحادث قبل انعقاد السبب فلا جرم يعتبر زمان الموت لان
السبب يتم به حتى يرثه الولد الحادث بعد الردة قبل القتل او الموت كالولد
الحادث قبل الردة واصله الولد الحادث في المشتراة قبل القبض حيث يكون له
حصة من الثمن غير مضمونة حتى اذا هلك في يد البايع قبل القبض يعتبر لهلاكه
نقص شي وبقي الثمن كله متعلقا بالاصل كما كان كذلك لو كان الولد حادثا قبل
انعقاد السبب وهو البيع **قوله** ويرثه امراته المسلمة اذا مات او قتل
وهي في العدة وكذلك يرث منه امراته ان كانت في العدة وقت اللحوق بدار

الحرب وبه صرح في شرح الطحاوي وهذا لان الرجل لما كان يستحق القتل بالردة اشبه ردته التي حصلت بها البينونة الطلاق في حالة المرض والطلاق البائن في حالة المرض يوجب الارث اذا كانت في العدة لان امراة الفار ترث عندنا فكذا الردة وروي في المبسوط عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انها ترثه وان كانت منقضية العدة وهذا لانها كانت وارثة عند ردته ينبغي ان يكون هذا على تلك الرواية التي يعتبر وجود الوارث عند الردة والاولى على تلك الرواية التي يعتبر وجود الوارث عند الردة وبقاؤه وارثا الى وقت موته او على الرواية التي يعتبر وجوده عند الموت فان **قلت** اي فرق بين ما اذا كانت المراة مدخولا بها او لم تكن مدخولا بها فالاولى ترث المرتد والثانية لا واي فرق بين الصابين بها اذا العدة حال موت المرتد وعلم بقائها حيث ترث المعتدة دون المنقضية العدة **قلت** الفرق ان الردة موت حكما لا حقيقة ولهذا يعتد امراته بثلاث حيض لا باربعة اشهر وعشر لان زوجها حي حقيقة فلما كان زوجها حيا ولم يستقر حكم الارتداد قبل الموت او الحكم باللحاق فلم يرثه لان الحي يرث الميت لا الحي وحال موت الزوج كانت مبانة لانها بانت بمجرد ردته والمبانة لا ترث اذا لم يكن عند موت الزوج اثر من اثار النكاح وكذا المنقضية العدة لانه لم يبق اثر النكاح **قوله** والمرتدة كسبها لورثتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند ابي حنيفة تحقيقه ان عصمة المال تابعة لعصمة النفس ثبوتا وسقوطا فبارتداد الرجل يسقط عصمة النفس لكونه حربيا علينا فيقتل فيسقط عصمة المال ايضا تبعا لها فيكون كسب الارتداد فيئا عند ابي حنيفة كمال حربي مقهور في ايدينا اما ارتداد المراة فلا يسقط به عصمة النفس لانها لا تقتل لعدم الحراب فلا يسقط عصمة المال ايضا فصار كسبها في الردة ميراثا بين ورثتها المسلمين ككسبها في الاسلام **قوله** ويرثها زوجها المسلم اذا ارتدت وهي مريضة قال في شرح الطحاوي وان ماتت في الحبس او لحقت بدار الحرب كان مالها لورثتها ميراثا على فرائض الله تعالى ولا يرث زوجها منها لان

لان الفرقة وقعت بالردة الا اذا ارتدت وهي مريضة فماتت من ذلك في المرض حينئذ يرث الزوج منها لانها قصدت الفرار من ميراث الزوج **قوله** بخلاف المرتد متصل بقوله فلم يتعلق حقه بمالها يعني ان المرتدة ان كانت صحيحة حالة الارتداد لا يرثها زوجها لعدم تعلق حق الزوج بمالها لانها لا تقتل عندنا فلم يوجد منها قصد الفرار بخلاف ما اذا ارتد الزوج حيث ترثها امراته المسلمة اذا مات وهي في العدة سواء ارتد في صحته او في مرضه لانه تعلق حقها بماله لانه يستحق القتل فكان فارا بالارتداد فورثته **قوله** وان لحق بدار الحرب مرتدا وحكم الحاكم بلحاقه عتق مدبروه وامهات اولاده وحلت الديون التي عليه ونقل ما اكتسبه في حالة الاسلام الى ورثته المسلمين هذا لفظ القدوري في مختصره **قال** صاحب الهداية وقال على قول ابي يوسف على قول وهو موقوف على قول وقال في شرح الطحاوي اذا مات او قتل او لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقه فانه يقسم تركته على ما ذكرنا وتحل ديونه المؤجلة ويحكم بعتق امهات اولاده ومدبريه من جميع ماله ويبطل وصيته ثم قال هكذا ذكر محمد في السير الصغير ثم قال وهذا اذا كانت وصية يصح الرجوع عنها وقال الطحاوي لا يبطل وصيته فيما لا يصح الرجوع وقال الولوالجي في فتاواه يبطل وصاياه ما اوصى به في الاسلام اذا قضى القاضي بلحاقه سواء كانت وصية بالقربة والطاعة او بغير القربة وقالا الوصية بغير القربة لا يبطل لان بقاء الوصية حكم الابتداء وابتداء الوصية بغير القربة بعد الردة عندهما يصح وعند ابي حنيفة يتوقف فكذا هذا الى هنا لفظه واراد بالوصية بغير القربة الوصية **للنائحة** والمغنية وفي ظاهر الرواية ابطل وصيته مطلقا في المبسوط وغيره ولم يفرق بين القربة وغيرها ولم يذكر الخلاف وذلك لانه لما التحق بدار الحرب صار حربيا علينا واهل الحرب اموات في حقنا الا ترى الى قوله تعالى او من كان ميتا فاحييناه اي كافرا فهديناه ولانه بالالتحاق ينقطع الزام احكام الاسلام عنه كما ينقطع

عن الميت فصار اللاحق كالميت لكن اللحاق ليس بامر مستقر فاحتيج الى قضاء
القاضي او لان انقطاع الحقوق باللحاق امر مختلف فيه فيتوقف نفاذه
الى قضاء القاضي كما في ساير المجتهدات ثم لما قضى القاضي باللحاق حكم بموته
فيثبت الاحكام المذكورة من عتق المدبر وامهات الاولاد وحلول الدين
المؤجلة ونقل كسب الاسلام الى الورثة باتفاق اصحابنا خلافا للشافعي
وقد مر بيانه مستوفى عند قوله وان مات او قتل على ردته انتقل ما اكتسبه
في اسلامه الى ورثته المسلمين ثم لما حلت ديونه تقضى من كسبه وتفصيل
قضائها من كسب الاسلام او كسب الردة سيجيء عقيب هذا ان شاء الله تعالى قوله وجب
ما ذكرناه اي الاحكام المتعلقة بموت المرتد هي التي ذكرناها من عتق المدبر وامهات
الاولاد وحلول الدين ونقل كسب الاسلام فقال حل الدين محلا من باب فعل يفعل
بفتح العين من الماضي وكسرها في المستقبل كذا اثبته صاحب الديوان وغيره قوله
ثم يعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد وقد مر بيان هذا مستوفى عند قوله
وعنه انه يرثه من كان وارثا له عند الردة وينظر ثمة قوله هو السبب اي
السبب لزوال العصمة قوله لتقرره اي لتقرر السبب قوله وقال ابو يوسف
وقت القضاء اي يعتبر كونه وارثا وقت القضاء قوله يصير موتا بالقضاء
اي اللحاق يعتبر موتا لعدم استقراره الا بالقضاء قوله والمرتدة اذا لحقت بدار
الحرب فهي على هذا اي على هذا الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فعند ابي يوسف يعتبر
وجود الوارث وقت القضاء وعند محمد وقت اللحاق ومعناه على هذا الذي ذكرناه
من عتق المدبر وحلول الدين ونقل الكسب الى الورثة لكن الارث وقت اللحاق او
وقت القضاء على الاختلاف قوله ويقضى الديون التي لزمته في حال الاسلام اي
ما اكتسبه في حالة الاسلام وما لزمه في حال ردته من الديون ما اكتسبه في حال
ردته هذا لفظ القدوري في مختصره وهو قول زفر والحسن كذا قال الكرخي في مختصره
وقال في شرح الاقطع روي عن ابي حنيفة مثله ولكن الكرخي لم ينسب هذا
القول

القول الى ابي حنيفة بل قال في مختصره وقال زفر والحسن وما لحقه في حال الاسلام
من الدين فهو فيما اكتسبه في حال الاسلام وما لحقه من الدين في حال الردة
فيما اكتسبه في حال الردة فلا يكون ما كان في الاسلام في مال الردة ولا ما في
الردة في مال الاسلام وقال ايضا في مختصره روى الحسن ابن زياد ان ما كان
على المرتد من دين قبل ردته او بعدها فهو فيما اكتسب في حال الاسلام والدينان
جميعا ولا يكون فيما اكتسب في حال ردته ويكون ما اكتسبه في حال ردته فيئا لجماعة
المسلمين الا ان لا يفي كسبه في حال اسلامه بدينه فيكون ما بقي فيما اكتسب
في حال ردته وهذا خلاف ما رواه ابو يوسف لان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة
ان الدين كله ما لحق قبل الردة او بعدها فيما كسب بعد الردة الا ان لا يفي
كسبه في حال الردة فيكون ما بقي في كسبه في حال الاسلام وجه ما روي
القدوري وهو قول زفر والحسن ان الدين المستحق الواجب بالسبب الواقع
في حالة الاسلام يخالف الدين الواجب بالسبب الواقع في حال الردة ثم كل واحد من
كسب الاسلام وكسب الردة حصل بذلك السبب الموجب للدين فلا جرم يقضى
دين هذه الحالة من كسب هذه الحالة ودين تلك الحالة من كسب تلك الحالة
للمناسبة لان الغرم بالغنم ووجه ما روى الحسن عن ابي حنيفة
ان الدين يتعلق بما يورث لا بالفيء وكسب الاسلام موروث دون كسب الردة
لانه فيء فيقضى من كسب الاسلام لا من كسب الردة الا اذا لم يكن في كسب الاسلام
وفاء بالدين فحينئذ يقضى من كسب الردة ولا يمتنع قضاء الدين من كسب
الردة لكونه فيئا الا ترى ان الذمي اذا لم يكن له وارث يكون تركته فيئا لبيت المال
ثم اذا ظهر له دين يقضى منه كذا هذا ووجه ما روى ابو يوسف عن ابي حنيفة
ان الدين يتعلق بماله عند الموت لا بما زال من قبل وكسب الاسلام زال وانتقل الى ورثته
بالردة وماله عند الموت كسبه في الردة فيقضى الدين من كسب الردة الا
اذا لم يف كسب الردة بالدين فحينئذ يقضى من كسب الاسلام لان الدين

مقدم على الارث وهذا معنى قوله تقديمًا لحقه اي لحق المرتد هذا كله قول
ابي حنيفة اما على اصل ابي يوسف ومحمد فديونه واكسابه في الحالين سواء لان كسب
الردة موروث عندهما ككسب الاسلام لانه يملكهما جميعا قوله وهذه رواية عن
ابي حنيفة رضي الله عنه اي قضاء دين الاسلام من كسب الاسلام وقضاء دين الردة من
كسب الردة رواية عن ابي حنيفة وهي قول زفر والحسن قوله وعنه انه يبدا
بكسب الاسلام اي عن ابي حنيفة ان السائل يبدا في قضاء الدين بكسب الاسلام هي رواية
الحسن عنه ذكرناه انفا قوله على عكسه اي يبدا بكسب الردة فان لم يف يقضي
من كسب الاسلام وهذه رواية ابي يوسف عن ابي حنيفة قوله وجه الاول
وجه المذكور الاول وهو قضاء دين كل حال من كسب تلك الحال وقد اتضح بيانه بما قال
في الوجه الاول من تقريرنا انفا فلا حاجة الى الاعادة قوله حتى يخلفه
الوارث بضم الفاء لا زحبة للحال ذكره ايضاحا لما قبله وهو ان كسب الاسلام
ملك المرتد فيه اي في كسب الاسلام قوله من محل اخر اراد به كسب الاسلام قوله
منه اي من كسب الردة قوله ولو كان عليه اي على الذي قوله وكسب
الردة خالص حقه وذلك لانه لا حق للورثة فيه ولم يصر فيئا بعد قبل
الموت وقد تعلق دينه به قبل ان يصير فيئا لاستحقاقه القتل ولا يقال انه ليس
بمالك له فكيف يكون خالص حقه لانا نقول لا نسلم انه ليس بمالك لان الملك عبارة
عن المطلق الحاجز غيره محجور عن التصرف وهو مطلق في التصرف فيه على مذهبهما
لان ملكه ثابت وعلى مذهب ابي حنيفة الملك موقوف فعلم ان الملك في الحال
في حال الردة موجود وان زال بالموت او القتل وهذا ما لاح لي في هذا المقام
في بيان كون كسب الردة خالص حقه والله اعلم قوله قال وما باعه او
اشتراه او وهبه او اعتقه او تصرف فيه من امواله في حال ردته فهو موقوف
فان اسلم صحت عقوده وان مات او قتل او لحق بدار الحرب اي قال القدوري في
مختصره وكلمة من للبيان لقوله ما باعه وانما قال صاحب الهداية وهذا عند ابي
حنيفة

حنيفة رضي الله عنه وقال ابو يوسف ومحمد يجوز ما صنع في الوجهين لان
القدوري لم يذكر الخلاف في هذا الموضع واراد باحد الوجهين الاسلام وبالثاني
احد الاشياء الثلاثة من الموت او القتل او اللحاق قال في الشامل في قسم المبسوط و
جميع تصرفه في ردته من بيع وشراء وعتق وتدبير وكتابة وهبة ووطء امة
وادعاء نسب جائز ان اسلم وباطل ان لحق الا النسب فانه يثبت عند ابي حنيفة وعند
ابي يوسف يجوز كما يجوز من الصحيح وعند محمد كما يجوز من المريض وجملة القول
فيه ان تصرفات المرتد على اربعة اقسام نافذ بالاتفاق كالطلاق وتسليم
الشفعة وقبول الهبة والحجر على عبده المأذون والاستيلاد لانها لا تعتمد على
حقيقة الملك وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة والارث لانها يعتمد الملة
للمرتد موقوف بالاتفاق كالمفاوضة مع المسلم لانها يعتمد المساواة ولا مساواة
بين المسلم والمرتد الا ان عندهما ان مات او قتل صارت عنانا كذا في شرح الطحاوي
ومختلف فيه كالعتق والهبة والكتابة وقبض الديون والاجارة والوصية والبيع
والشراء قال ابو حنيفة موقوف ان اسلم جاز ما صنع وان قتل او مات على ردته
او لحق بدار الحرب بطل ذلك كله وقال ابو يوسف ومحمد نافذ كذا قال الصدر الشهيد
في شرح الجامع الصغير وجه قولهما ان صحة التصرف بقيام الاهلية ونفاذه
بالملك ولا شك في قيام الاهلية المرتد لقيام الخطاب عليه الا ترى ان القتل يجب
عليه بارتداده ولو كانت اهليته معدومة او ناقصة لم يجب عليه القتل ولا شك
في بقاء ملكه ايضا لانه مكلف محتاج ولا يحصل القيام بموجب التكليف بدون
الملك والدليل على قيام ملكه بعد الردة انه لو ولد له ولد بعد الردة لستة
اشهر فصاعدا من امرأة مسلمة او امة مسلمة ترثه فلو كان ملكه زائلا لم يرثه
هذا الولد لو ان ولده المولود قبل الردة مات بعد الردة قبل موت المرتد
وقبل لحاقه لا يرثه فلو لم يكن ملكه قائما بعد الردة يورثه هذا الولد لانه
كان حيا وقت ردة الاب فلما كان ملكه قائما صح تصرفه وبقاء الاث

عند ابي يوسف يصح تصرفه كما يصح تصرف الصحيح من جميع المال وعند
محمد من ثلث المال كالمريض لانه على شرف الهلاك حقيقة وحكما اما حقيقة
فلانه لا يرجع عما انتحله غالبا فيكون ذلك سببا الى القتل فيقتل واما
حكما فلانه يلتحق بدار الحرب خوفا من القتل فكان حاله كالمريض واحتج محمد
على ابي يوسف بانه اذا اقر لوارثه بدين لم يجز وجه قول ابي يوسف
ان غاية ما في الباب ان قتله مباح وهذا لا يوجب خللا في تصرفه كما
للمحكوم عليه بالرجم او القصاص وليس هو كالمريض لانه يتمكن من دفع الهلاك
عن نفسه بالاسلام بخلاف المريض والظاهر من حاله ايضا ان يعود الى الاسلام
بزوال الشبهة فلا يقتل حينئذ وجه قول ابي حنيفة ان العاصم للنفس و
المال هو الاسلام لقوله عليه السلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم و
اموالهم ثم لما ارتد سقطت العصمة عن النفس والمال جميعا فلما سقطت
العصمة عن المال جعلنا تصرفه فيه موقوفا رجاء للاسلام كما جعلنا
ملكه موقوفا ايضا لهذا المعنى فصار المرتد لكونه حربيا مقهورا تحت ايدينا
كالحربي الذي اسر وهو تحت ايدينا حيث يكون تصرفه موقوفا لان الامام
مخير في اساراهم بين القتل والاسترقاق وتركهم احرارا ذمة للمسلمين
فان ترك الحربي حرا ذمة لنا جاز تصرفه والا فلا فكذا كان تصرف المرتد
موقوفا الا ان يتبين حاله فان اسلم صح والا بطل ولا يشبه المرتد من وجب عليه
القتل بسبب الزنا او بسبب القتل العمد لان ثمة يكون تصرفه نافذا بلا توقف وتصرف
المرتد فيوقف لان بالارتداد بطل سبب العصمة فاوجب ذلك خللا في حاله فيوقف
تصرفه وفي الزاني والقاتل عمدا لم يبطل العصمة لبقاء الاسلام فلم يجب القتل لبطلان
العصمة بل وجب جزاء للفعل وانه لم يثبت الخلل في الاهلية فنفذ تصرفه بلا توقف
ولا يشبه المرتدة ايضا لانها ليست من اهل الحراب ولهذا لا يقتل عندنا الا اذا
لحقت بدار الحرب لتعتبر حربية والمرتد حربي في الحال لوجوب جزاء المحاربة

عليه

عليه فلهذا كانت عقود المرتدة جائزة الا مفاوضتها فانها موقوفة ان اسلمت
صحت والا صارت عنانا كما في المرتد كذا قال الاسبيجابي فان قلت كيف
نفذ طلاق المرتد ومجرد الردة تبين المرتد قلت هذا ليس بممتنع الا ترى
ان المسلم اذا ابان امرأته ثم طلقها في عدتها جاز فكذا هذا والدليل على هذا ان الرجل
اذا وكل وكيلا على طلاق امرأته فارتد الزوج او ارتدت فطلاق
الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة والمسئلة منصوصة في شرح الكافي
وسنبينها ان شاء الله في اخر كتاب الوكالة ويمكن ان لا يقع البينونة ايضا بالردة
كما اذا ارتد الزوجان معا ثم طلقها بعد الردة فلا يرد السؤال اصلا قوله لانه
لا يفتقر الى حقيقة الملك وتمام الولاية فيه لف ونشر يعني ان الاستيلاد
لا يفتقر الى حقيقة الملك بدليل ان الاستيلاد يصح في جارية الابن وان لم
يكن للاب فيها ملك حقيقة بل له حق التملك في مال الابن لدفع حاجته و
الاستيلاد من حاجته وان الطلاق لا يفتقر الى تمام الولاية الا ترى ان العبد يصح
طلاقه مع انه لا ولاية له على نفسه اصلا قوله ولا ملة له اي للمرتد قوله
وهو ما عددناه اي المختلف في توقفه الذي عددناه من البيع والشراء والاعتاق
والهبة ونحو ذلك قوله والنفاذ الملك كلاهما بالنصب عطفا على قوله ان الصحة
يعتمد الاهلية يعني ان نفاذ التصرف يعتمد الملك قوله على ما قررناه من
قبل اشارة الى ما ذكر بقوله لانه مكلف محتاج في تعليل قولهما قبل ورقة عند
قوله ويزول ملك المرتد عن امواله بردته زوالا موقوفا قوله تزاح الازاحم
بالمزاي الحجة الازالة قوله من انتحل الى نحلة يقال انتحل فلان قول
غيره او شعر غيره اذا ادعاه لنفسه والنحلة بكسر النون وسكون الحاء
الدعوى كذا في ديوان الادب وكانه اراد به هنا من انتسب الى دعوى قوله على ما
قررنا في توقف الملك اشارة الى ما ذكر من تعليل ابي حنيفة بقوله وله انه حربي
مقهور تحت ايدينا عند قوله ويزول ملك المرتد قوله بناء عليه اي على توقف

الملك **قوله** وصار كالحربي يدخل دارنا بغير امان فيوخذ ويقهر تتوقف تصرفاته
لتوقف حاله فكذا المرتد فيه نظر لان الحربي الداخل دارنا بغير امان يكون
فيا فكيف يتوقف تصرفاته فلو قال كالحربي الذي اسر على ما امضينا ذكره
كان اولى قال الكرخي في مختصره لو ان رجلا من اهل الحرب او رجلين
دخلا دار الاسلام بغير امان صار فيا للمسلمين **قوله** لبطلان سبب
العصمة اراد بسبب العصمة الاسلام **قوله** في الفصلين اي فصل الحربي
والمرتد مرتبان هذا كله **قوله** وان عاد المرتد بعد الحكم بلحاقه الى دار
الاسلام مسلما فما وجده في يد ورثته من ماله بعينه اخذه هذا لفظ القدوري
في مختصره **اعلم** ان المرتد اذا عاد تائبا الى دار الاسلام فلا يخلو من احد
الامرين اما ان كان عوده قبل حكم القاضي باللحاق او بعده فان كان
قبل الحكم بطل حكم الردة في ماله لان زوال ملكه كان مراعيا فبطلت
المراعاة بالاسلام فصار كانه لم يزل مسلما ولا يعتق عليه شيء من امهات
اولاده والمدبرين وان كان بعد الحكم فكل ما وجده في يد ورثته اخذه لان الوارث
خلفه فلما وجد الاصل بطل حكم الخلف ولان المال ملك عليه بلا عوض فكان حكمه
حكم **الهبة** فالواهب له حق الرجوع في الموهوب ما دام قائما فلهذا قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روي ان علقمة بن علاثة ارتد على عهد ابي
بكر ثم رجع في عهد عمر بن الخطاب تائبا فرد عليه ماله ولذلك قلنا انه يرد
عليه ماله **اما** ما ازاله الوارث عن ملكه سواء كان بسبب يلحقه الفسخ كالبيع
والهبة او بسبب لا يلحقه الفسخ كالاعتاق والتدبير والاستيلاد فذلك كله ماض
لا سبيل للمرتد عليه ولا ضمان على الوارث ايضا لانه ازاله حين كان له سبيل
من الازالة فصار كالموهوب خرج من يد الموهوب له قال الكرخي في مختصره ان
كان المكاتب ادى ما عليه من الكتابة الى الورثة فعتق ثم جاء المرتد مسلما مضى
عتق المكاتب ولا يفسخ وان كان ما اداه قائما في يد الورثة اخذه المرتد قال

في

في شرح الطحاوي والولاء للمرتد وكذلك عتق امهات الاولاد والمدبرين لا يفسخ
لان العتق بعد وقوعه لا يحتمل النقض والفسخ ولانه لما جاء الينا تائبا
صار كانه حي بعد ان مات فلو حيي حقيقة بعد الموت وان كان ذلك
بخلاف العادة لم يكن له على امهات الاولاد والمدبرين سبيل فكذا هذا **قوله**
لاستغنائه اي لاستغناء المرتد **قوله** بدليل مصحح فهو قضاء القاضي
بلحاقه **قوله** لما ذكرنا اشارة الى قوله الا انه لا يستقر لحاقه الا بقضاء
القاضي فلا بد من القضاء **قوله** واذا وطئ المرتد جاريته نصرانية كانت
له في حالة الاسلام فجاءت بولد لاكثر من ستة اشهر الى اخره وهذه من
خواص الجامع الصغير وصورتها فيه مرتد له امة نصرانية جاءت بولد
بعد الردة لستة اشهر فادعاه قال هو ابنه وهو حر والامة ام
ولد له فان مات او قتل لم يرثه هذا الولد وان كانت امه مسلمة يرثه كذا
ذكر فخر الاسلام وغيره وذكر الصدر الشهيد والعتابي في شرحيهما الجامع
الصغير جاءت بولد لاكثر من ستة اشهر منذ ارتد وهذا لانه احتراز عما
اذا جاءت بالولد لاقل من ستة اشهر حيث يرثه اذا مات او قتل او
لحق وحكم باللحاق وذلك لان العلوق حصل يقينا في حال اسلام المرتد فكان
الولد مسلما والمسلم يرث المرتد به صرح العتابي وغيره بخلاف ما اذا ولدت
لستة اشهر فصاعدا حيث لم يرث فان كانت الامة يهودية او نصرانية
لا يرثه لان الولد يجعل تبعا لابيه لا لامه لان الاب اقرب الى الاسلام حيث
لا يقر على الردة بل يجبر على الاسلام ولا تجبر الام فلما كان الولد تبعا لابيه
اعتبر مرتدا والمرتد لا يرث من احد لا من مسلم ولا من المرتد فلم يرث الولد
لهذا وان كانت الامة مسلمة كان الولد مسلما تبعا لها لان الولد يتبع خير الابوين
دينا والمسلم يرث المرتد **اعلم** ان دعواه الولد صحيحة على قولهما بلا اشكال
لان عقود المرتد عندهما جائزة فكذلك دعوته **اما** ابو حنيفة فانه جعل

عقوده موقوفة لكن جعل دعوته صحيحة لان الاستيلاد لا يفتقر الى
حقيقة الملك بل يثبت بتاويل الملك الا ترى ان العبد الماذون له اذا ادعى
النسب من الجارية التي من تجارته جاز وكذلك الاب اذا ادعى ولد جارية الابن
ثبت نسبه وتاويل المرتد التزمنا تاويلها فاذا ثبت النسب ثبت التفريع المذكور
في ارثه وعدمه فان قلت كيف جعلتم الصبي تبعا للمرتد فيما اذا كانت امه
يهودية او نصرانية ولم تجعلوه مسلما تبعا للدار الاسلام قلت تبعية الدار
انما يكون اذا لم يكن معه احد من ابويه فاذا كان فلا وقد مر ذلك في باب الجنايز
فان قلت هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد طفل في دار الاسلام قبل
ردتهما فانه يبقى مسلما تبعا للدار ولا يعتبر مرتدا تبعا لهما قلت لا نسلم انه يبقى
تبعا للدار بل هو كان مسلما تبعا لابويه فيبقى على ما كان بعد ردتهما بخلاف
ما نحن فيه فان الولد لم يثبت له حكم الاسلام اصلا لجعل تبعا لابيه المرتد لقرينة
الاسلام قوله فلما قلنا اشارة الى قوله قبل صفحة لانه لا يفتقر الى حقيقة
الملك قوله واذا لحق المرتد بماله بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو فيء
فان لحق ثم رجع واخذ مالا والحقه بدار الحرب فظهر على ذلك المال فوجدته
الورثة قبل القسمة رد عليهم وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة اعلم ان
المرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر المسلمون على ذلك المال يكون فيئا لانه
مال حربي فيكون حكمه حكم سائر اموال اهل الحرب ولا حق للورثة فيه لتباين
الدارين فان قلت لا يلزم من عدم جريان الفيء على النفس عدم جريان
الفيء على المال ولهذا لا يجري الفيء على مشركي العرب ويجري الفيء على اموالهم
ونسائهم واولادهم فكذلك المرتد اما اذا رجع بعد اللحاق بدار الحرب الى دار الاسلام
فاخذ طايفة من ماله فادخله دار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو لورثته اذا وجدوه
قبل القسمة بغير شيء وان وجدوه بعد القسمة فهو لهم بالقيمة الا اذا كان مثليا
فانهم لا ياخذونه لانه لا فايدة في اخذه بالمثل كذا في شرح الطحاوي وهو في ذلك
بمنزلة

بمنزلة رجل اجنبي ياخذ العدو ماله ثم يظهر المسلمون عليه كذا قال الكرخي في مختصره وقال
فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير هذا لا يشكل اذا رجع بعد قضا القاضي فاما
قبل القضا فجواب هذا الكتاب لا يوجب الفصل يعني ان جواب الكتاب الجامع
الصغير لا يفصل بين الحالين في رد المال على الورثة لانه رتب حكم الردة على مطلق
اللحاق بلا قيد القضا باللحاق ووجهه انه متى لحق فالظاهر انه لا يعود
فكان ميتا حكما ثم قال فخر الاسلام وفي بعض روايات السير الصغير قال لا حق
للورثة فيه فيكون فيئا ووجه ذلك ان الحق انما يثبت بالقضا يعني ان الحق
للورثة لا يثبت الا بقضاء القاضي وقال ابو الليث في شرح الجامع الصغير
هذا اذا رجع بعد قضاء القاضي بلحوقه وجعل ماله لورثته لان القاضي اذا
قضى بلحاقه فقد صار ماله لورثته اما اذا لم يقض القاضي بلحوقه حتى رجع واخذ
فالحكم فيه كالحكم في الذي ذهب اول مرة فاقول ينبغي ان يكون ما وقع في الجامع
الصغير على مذهب محمد وما وقع في بعض روايات السير على مذهب ابي يوسف
وذلك لان محمدا يجعل مجرد اللحاق كالموت حتى يعتبر كون الوارث عند
اللحاق ولا يجعل ابو يوسف ذلك كالموت بل يجعل القضا باللحاق كالموت
حتى يعتبر كون الوارث عند القضا لا عند اللحاق قوله واذا لحق المرتد
بدار الحرب وله عبد فقضى به لابنه فكاتبه الابن ثم جاء المرتد مسلما فالكتابة
جايزة والمكاتبة والولا للمرتد الذي اسلم وهذه من مسايل الجامع الصغير
اعلم ان القاضي اذا قضى بلحاقه وجعل عبده لابنه فكاتبه ثم رجع المرتد
تايبا لا يفسخ الكتابة لان الابن فعل ذلك في عز ولاية شرعية حين جعل
المرتد ميتا حكما وكان الابن كالوكيل عن ابيه المرتد في التصرف لان المرتد الملحق
بدار الحرب صار كانه سلط ابنه على ماله وجعله خلفا عنه في التصرف فلما
عاد ثبت له حكم الاحياء وبطل حكم الموت فلما لم يفسخ كانت المكاتبة اعني بدل
الكتابة للمرتد الذي اسلم لان حقوق العقد في الكتابة يرجع الى الموكل لا الى الوكيل

وكذلك الولاء للمرتد الذي اسلم لان الولاء لمن اعتق والعتق وقع عنه حالا نعما اذا
ادى بدل الكتابة للوارث فان الولاء حينئذ يكون للوارث لو قوع العتق عنه
قوله بدليل متعذرا اداه به قضاء القاضي بلحاق **قوله** واذا قتل المرتد رجلا
خطأ ثم لحق بدار الحرب او قتل على ردته فالدية في مال اكتسبه في حالة الاسلام
خاصة عند ابي حنيفة وقالا الدية في مال اكتسبه في الاسلام والردة وهذه
من مسائل الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث وروى عن ابي حنيفة رواية
اخرى انه قال تجب في المال الذي اكتسبه بعد الردة اعلم اولا ان العاقلة لا تعقل
عن المرتد لان العقل لمعنى النصرة والمسلم لا يلزمه نصرة المرتد فاذا لم يعقل
العاقلة عنه وجب الدية في ماله وماله هو الذي اكتسبه في الاسلام عند ابي
حنيفة فالم يف ذلك فذلك عليه فيما اكتسبه في ردته وكذلك حكم ما اغتصبه
من مال اذا افسده قال الكرخي هذا عندي موافق لرواية الحسن عن ابي حنيفة
واما على اصل ابي يوسف ومحمد لما كان الكسبان جميعا ملكه لم يكن ايجاب الدية في احد
المالين اولى من ايجابه في الآخر فكان فيهما جميعا **وجه** الرواية الاخرى عن ابي
حنيفة ان كسب الاسلام للورثة فيه حق فكان الايجاب فيه كالايجاب في مال الورثة
بخلاف كسب الردة فانه لا حق لهم فيه فكان الايجاب فيه اولى **قوله** وعنده
ماله المكتسب في الاسلام اي عند ابي حنيفة مال المرتد هو المكتسب في حالة الاسلام و
المكتسب خبر لقوله ماله وليس بصفة له وكان حق المركب ان يكون الضمير الفصل كما
ذكرنا حتى لا يتوهم الصفة كقوله تعالى والكافرون هم الظالمون **قوله** ولهذا كان
الاول ميراثا الصحاح لقوله ماله المكتسب في الاسلام **قوله** واذا قطعت يد المسلم
عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك او لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما
فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية من ماله لورثته وهذه من مسائل الجامع الصغير
المعاده وصورتها في محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المسلم يقطع يده عمدا ثم يرتد فيموت
من ذلك وهو مرتد قال على القاطع نصف الدية في ماله لورثة المقطوع يده وان اسلم ثم مات
منها

منها فعلى القاطع الدية في ماله لورثة المقطوع يده وان لحق بدار الحرب ثم جاء
مسلما ثم مات منها فعلى القاطع نصف الدية في ماله لورثة المقطوع يده
قال محمد في ذلك كله نصف الدية على القاطع في ماله ان اسلم قبل لحاقه بدار
الحرب او بعد لحاقه قال فخر الاسلام وهو قول زفر **اما اذا** مات على ردته
فانما وجب على القاطع نصف الدية في ماله ولم تجب دية النفس والقصاص في
قطع اليد لان السراية حلت محلا غير معصوم فهدر اعتبارها فلم تجب
دية النفس لان موتها حصل في حال لا قيمة لها ولم تجب القصاص في اليد لان
اعتراض الردة صار شبهة وهذا لان الردة لو كانت موجودة عند القطع
كانت حقيقة الاباحة ثابتة في قطع اليد لوجود المبيح وهو الردة فاذا
كانت ثابتة ثم اعترضت كانت شبهة فاذا لم تجب القطع وجب دية اليد وهي
نصف دية النفس لان قطع اليد حصل في حال عصمة اليد وهي حالة الاسلام
وانما كانت دية اليد في ماله لكون القطع عمدا **اما اذا** كان خطأ فقال الحاكم
في الكافي هي على عاقلته وهذا الخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم اسلم ثم مات
من ذلك في جنبه لا تجب الضمان اصلا لان قطع اليد حصل في زمان لا قيمة لها لعدم
العصمة والهدر لا يلحقه الاعتبار اصلا فلهذا لم يعتبر زمان السراية بخلاف
المعتبر فانه يجوز ان يلحقه الاهدار بالابراء فكذا صار ان يلحق بالردة كما في
الصورة الاولى حيث لم تجب دية النفس ولا القطع والتحقيق هنا ان نقول
ان فوت العصمة يوجب الهدر لا محالة وقيام العصمة لا يوجب الضمان
لا محالة كما اذا قطع بامره فلم يكن اعتراض العصمة دافعا لصفة الهدر في
الصورة الثانية وكان اعتراض سقوط العصمة قاطعا للضمان في الصورة
الاولى **واما** اذا اسلم بعد الارتداد ثم هلك من القطع وجب ارش اليد ولم تجب
ضمان النفس عند محمد وزفر قياسا وعند ابي حنيفة وابي يوسف تجب
ضمان النفس استحسانا ذكر القياس والاستحسان فخر الاسلام في شرح الجامع

الصغير لكن ان كان عمداً تجب في ماله وان كان خطأً فعلى عاقلته كذا ذكره الولوالجي في فتاواه **وجه** قول محمد ان اعتراض الردة اهدر اعتبار السراية بعد الارتداد صار بحال لو قتله قاتل لا يجب عليه شيء فصارت الردة مهدرة لما تولد من القطع فاذا اسلم بعد ذلك لم ينقلب الى الضمان لان المهدر لا يلحقه الاعتبار كما لو خرج حربياً او مرتداً ثم اسلم فمات من ذلك لا يجب على الجارح شيء قلنا هنا **ووجه** قولهما ان الجناية وقعت في محل العصمة وتمت في محل العصمة لانه كان في الحالين مسلماً فيجب ضمان الدية ولا يعتبر تخلل الردة لان الردة انما يقطع السراية لفوات العصمة وقيام العصمة ليس بشرط في حال بقاء الجناية لان حالة البقاء ليست بحال انعقاد السبب ولا بحال وجوب الضمان لان زمان انعقاد السبب زمان الجناية وزمان وجوب الضمان يوم الموت فلما كان كذلك لم يلتفت الى الردة المتخللة فجعل كان لم يزل مسلماً لارتفاع عارض الردة كمن قطع يد رجل باصابه بذلك حتى اشرف على الموت ثم جرح اخر رقبته فعلى الاول ضمان اليد ولا يضمن للبقاء شيئاً وهذا كالنصاب يعتبر كماله في طرفي الحول ولا يضر نقصانه فيما بين ذلك وقد مر في كتاب الزكوة وكالملك في اليمين يعتبر في زمان انعقاد اليمين وزمان وجوب الحنث ولا يضر فواته فيما بين ذلك حتى اذا قال لعبده اذا دخلت الدار فانت حر ثم خرج عن ملكه بسبب من الاسباب ثم عاد الى ملكه فدخلها يحنث ولا يلزم عند قطعت يده ثم باعه المولى لانه ان عاد الى قديم ملكه فهو على هذا الاختلاف كذا قال فخر الاسلام اعني اذا رد عليه بعيب او خيار رؤية لا يجب على الجاني ضمان النفس للبائع عند ابي حنيفة وابي يوسف ولا يكون البيع مبطلاً للسراية وان عاد اليه ملك جديد فهو بمنزلة عبد اخر لاختلاف الملك **ولنا** اذا لحق بدار الحرب وقضى به القاضي ثم عاد مسلماً ومات من ذلك القطع فعلى القاطع نصف الدية ولا يرد هذا عليهما لانه صار ميتاً حكماً بقضاء القاضي باللحاق والموت يقطع السراية ثم اسلامه بعد ذلك كان حيوة حادثة تقديراً كانها نفس اخرى فلم يبق حكم الجناية

الجناية الاولى واورد الولوالجي في فتاواه في هذا الفصل عن ابي يوسف روايتين في رواية يضمن النفس وفي رواية لا يضمن **اما** اذا عاد مسلماً بعد اللحاق قبل قضاء القاضي ثم مات من ذلك فقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير لا نص فيه ثم قال وهو على الاختلاف يعني عند محمد يجب نصف الدية وعند صاحبيه تجب دية النفس كاملة فهذا هو مراد صاحب الهداية بقوله فهو على الخلاف الذي نبينه هذا اذا ارتد المقطوع يده **اما** اذا ارتد القاطع فقتل ومات المقطوع يده منه مسلماً فقال في الشامل في قسم المبسوط ان كان عمداً فلا شيء عليه لان القاتل مات وان كان خطأً فعلى عاقلته دية النفس لان الجناية انعقدت موجبة للعقل لان الجاني كان مسلماً يوم الجناية لا جرم لو كانت الجناية في حال ردته كانت في ماله **قوله** يد المسلم اي اخرى يد المسلم **قوله** اما الاول اي الوجه الاول وهو ما اذا مات على ردته **قوله** فلان السراية اي سراية القطع **قوله** حلت محلاً غير معصوم وذلك لان النفس المرتد ليست بمعصومة لبطلان العصمة بالردة **قوله** فاهدرت اي اهدرت السراية حيث لم تجب ضمان النفس **قوله** بخلاف ما اذا قطع يد المرتد ثم اسلم فمات من ذلك اي مات المقطوع يعني من سرايته حيث لا يجب على القاطع شيء اصلاً اعتباراً بزمان القطع لان الشيء اذا وقع مهدراً من الاصل لا يلحقه الاعتبار فلا يكون غير الموجب موجباً **قوله** واما الثاني اي الوجه الثاني **قوله** كما اذا قطع يد مرتد فاسلم سواء مات من القطع او لم يمت حيث لا يجب الضمان اصلاً لا ضمان النفس في الاول ولا ضمان اليد في الثاني **قوله** وتمت فيه اي تمت الجناية في محل معصوم **قوله** قيامها اي قيام العصمة **قوله** وحالة البقاء بمعزل من ذلك كله **قوله** اي من حال انعقاد السبب ومن حال ثبوت الحكم **قال** ابن دريد اناعن هذا الامر بمعزل اي متنح **قوله** كقيام الملك في حالة بقاء اليمين اندرج بيانه فيما بينا انفاً **قوله** واذا ارتد المكاتب ولحق

بدار الحرب والنسب طالا فاخذ باله وابى ان يسلم فقتل فانه توفى مولاه مكاتبته
وما بقى لورثته وهذه من مسايل الجامع الصغير المعادة قال الحاكم الشهيد في الكافي
واذا ارتد المكاتب بعد الكتابة ثم لحق بدار الحرب والنسب طالا فاخذ اسيرا فابى ان
يسلم فانه يقتل ويستوفي مولاه مكاتبته من ماله والباقي ميراث له استحسانا
وكان القياس ان يكون كله لمولاه ان كان عبدا وان كان حرا فهو في الا هنا لفظ الكافي كان ع
وهذا لا يشكل على مذهبهما لان كسب المرتد الحر عندهما ميراث فكذا كسب المكاتب
ويشكل على مذهب ابي حنيفة لان المرتد الحر في عنده فكيف كان كسب المرتد
المكاتب ميراثا على وجه الاستحسان وجله ان كسب المرتد الحر لما كان موقوفا
الى ان يبين حاله لم يملك اكتساب الردة فكانت فيا بخلاف المكاتب فان تصرفاته
نافذة وليست بموقوفة لان الكتابة لا ينافيها الموت الحقيقي فكذا لا ينافيها الموت
الحكمي وهو الردة واللحاق فصحت اكسابه فكانت اكسابه كاكساب الاسلام
فصارت ميراثا لورثته لموته حرا لانه مات عن وفاء وترد بيد الحاكم بقوله ان كان
عبدا وان كان حرا بناء على ان المكاتب اذا مات عن وفاء فيه اختلاف الصحابة فعند علي
وابن مسعود يموت حرا وهو مذهبنا وعند زيد ابن ثابت يموت عبدا وهو مذهب الشافعي
يعني ان المكاتب ان كان عبدا كما هو مذهبه فالباقي بعد المكاتبة لمولاه وان كان حرا
كما هو مذهبنا فالباقي في على قياس ابي حنيفة على المرتد الحر لكنه استحسن وجعل
الباقي ميراثا لان الموت لا ينافي الكتابة ولهذا يؤدي كتابته بعد موته من اكسابه كانه
حي ويحكم بعتقه فكذلك اذا لحق بدار الحرب لا يحكم بموته فيثبت من هذا ان كونه في دار
الحرب ككونه في دار الاسلام وكسبه في الردة ككسبه في الاسلام قوله يوفي
مولاه مكاتبته اي بدل كتابته ويوفى بالتشديد على صيغة المبني للمفعول من قولهم وفاه
حقه اي اعطاه وافيا قوله فكذا بالادنى اي لا يتوقف تصرف المكاتب بالردة كالا
يتوقف بالاقوى وهو الرق بل يكون نافذا في الحالين وانما جعل الرق اقوى والردة ادنى
لان المرتد يصح استيلاده بالاتفاق بخلاف الرقيق فانه لا يصح منه وعندهما يصح جميع
عقود

عقود المرتد نحو البيع والشراء والاعتاق والهبة بخلاف الرقيق فانه لا يصح
ذلك منه بالاتفاق فعلم ان الارتداد في كونه مانعا للتصرف ادنى من الرقيق ثم الرق لا
يمنع تصرف المكاتب مع انه اقوى فلان لا يمنع الارتداد وهو ادنى بالطريق الاولى فان
قلت سلمنا ان كل واحد من الرق والردة بانفراده ليس بمانع لتصرف المكاتب ولم لا
يجوز ان يثبت لهما منع عند الاجتماع لان بهيئة الاجتماع لهما خاصة الافراد كالمنفرد لا
يجوز شهادته فاذا اجتمع مع الاخر جازت قلت الاصل عدم المبيع ولا يلزم من
الجواز الوقوع لمن ادعى المنع فعليه ابراز الدليل ونحن نشكره قوله واذا ارتد الرجل
وامراته والعياذ بالله ولحقا بدار الحرب فحبلت المراة في دار الحرب وولدت
ولدا وولد لولدها ولد فظهر عليهم جميعا فالولدان في وهذه من مسايل الجامع
الصغير المعادة قال في الجامع الصغير يجبر الولد الاول على الاسلام ولا يجبر ولد الولد
وقيد الحبل بدار الحرب وقع اتفاقا وان حبلت في دارنا فكذلك الجواب كذا ذكر الصدر الشهيد
وغيره يدل عليه اطلاق الحاكم الشهيد في مختصر الكافي بقوله واذا ولد للمرتدين
في دار الحرب ولد ثم ولد لولدها ولد ثم ظهر عليهم اجبر ولدها على الاسلام ولم يجبر
ولد ولدها اما كون الولد وولد الولد فيا فلما ان المرتدة تسبى وتسترق وولد الولد
يتبع الام في الرق والحرية فيكون فيا واما الجبر على الاسلام فالولد يجبر عليه
ولا يجبر ولد الولد وذلك لان الصغير يتبع ابويه او احدهما في الدين لقوله عليه السلام كل مولود
يولد على الفطرة فابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه ولهذا يكون مسلما باسلامهما
فكذا يكون مرتدا بارتدادهما فلما كان مرتدا تبعا لهما اجبر على الاسلام تبعا لهما والوالد في تاوله
يجبر على الاسلام ولا يقتل كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر على الاسلام ولا يقتل كذا
هنا وانما لم يجبر ولد الولد على الاسلام لان الولد يتبع الجد في الاسلام فلذلك لا يتبعه في الارتداد
فلو كان تابعا للجد يلزم ان يتبع الجد الا تباعه فيلزم حينئذ ان لا يحكم بالكفر اصلا في الصغير
لان الناس كلهم اولاد ادم وحوى والمعقول ان يقال ان الحكم اذا تقصر عن كل الجنس
لم يكن بعض المقادير احق من بعض فلزم القصر على الادنى لسقفه وهو الاب فاذا لم يكن تابعا

للجد كان حكمه حكم ساير اهل الحرب اذا اسر واسترق او يوضع عليه الجزية قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير ولم يذكر هٰهنا حكم الزوجين ثم قال
وذكر بعد هذا ان الزوجة تسترق والزوج يقتل او يسلم هذا اذا ولد لهما ولد
بعد اللحاق فاما اذا ارتد الزوجان وذهبا الى دار الحرب بولد لهما صغير ثم ظهر
عليهم فالولد فيء لان الولد الصغير صار مرتدا تبعا للابوين وولد المرتد يصير فيئا بالسبي
وان كان الاب ذهب وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم الولد فيئا لان الولد يبقى يكون
مسلما فلا يصير فيئا فيدفع الى الام وكذا اذا كانت الام ثم ماتت مسلمة لان اسلام الام
لا يرتفع بالموت بل يتقرر وكذا اذا كانت الام نصرانية ذمية لان اعتبار جانب الام
يوجب ان يكون الولد من اهل دار الاسلام فيرجح هذا الجانب فيبقى من اهل دارنا نصار
كانه في دارنا فلا يسبى كذا ذكر الولوالجي في فتاواه ثم هذا الفصل جبر اولاد الاولاد على
الاسلام عند ابي حنيفة ونقل الكرخي في مختصره عن ابي يوسف انه قال الاولاد
تجبرون ولا يقتلون وفي اولاد الاولاد لا تجبرون **وجه** قول ابي يوسف انهم لو اجبروا
لثبت الحكم بتبعية الجد وذلك لا يجوز لما مر في الفصل الاول ولابي حنيفة ان ولد الولد
في هذه الصورة ولد من حكم باسلامه **اما** تبعا لاحد ابويه او تبعا للدار في الاصح عند
قول ابي يوسف لان تبعية الدار انما يعتبر اذا لم يكن احد الابوين موجودا مع الصغير
هنا موجود فكيف حكم باسلامه ايضا تبعا لاحد ابويه والكلام فيما اذا ارتد الابوان
جميعا وولد المرتد ولهذا كان فيئا **قوله** وروى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه مرتدين
انه يجبر تبعا للجد واصله التبعية في الاسلام اي تجبر ولد الولد على الاسلام تبعا
لجده المرتد واصل الجبر على الاسلام وهو التبعية في الاسلام يعني هل يجعل ولد الولد مسلما
باسلام الجد ام لا ففي ظاهر الرواية لا يجعل خلافا لما روي عن الحسن عن ابي حنيفة
وجه ما روى الحسن عن ابي حنيفة ان الجد له حكم الاب في الانكاح الصغير
والصغيرة ولهذا لا يكون لهما الخيار بعد البلوغ وكذلك في بيع مال الصغير
فكذا في تبعية الاسلام وهذا لان الولد انما تبع الاب لانه يفرع منه فيتبع الجد
ايضا

ايضا لانه يفرع منه وجه الظاهر مر انفا **قوله** وهي رابعة اربع مسايل
اي التبعية في الاسلام احد اربع مسايل كلها على الروايتين بالجد فيها على رواية
الحسن كالاب وفي ظاهر لا والثانية صدقة الفطر ففي ظاهر الرواية لا يؤدي
الجد الفطرة عن ابن ابنه وفي رواية الحسن يؤديها اذا لم يكن لابن الابن طالب
كالاب لكن اذا كان الاب فقيرا **والثالثة** جر الولاء قال الحاكم في الكافي قال
ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد لا يجر الجد الولاء يعني اذا اعتق الجد والحافد معتق
والاب رقيق لا يجر ولاء الحافد الى مواليه وعلى رواية الحسن يجر الجد الولاء كالاب
اذا اعتق ونقل الحاكم في الكافي عن الشعبي انه قال اذا اعتق الجد جر الولاء و
الرابعة الوصية للقرابة فاذا اوصى لذوي قرابته او لاقربائه لا يدخل
في الوصية الوالد لان الله تعالى جعله اقرب من القرابة قال تعالى الوصية للوالدين
والاقربين ثم الجد لا يدخل ايضا على رواية الحسن لانه كالاب وعلى ظاهر الرواية يدخل لانه
ليس كالاب اعلم ان معنى قولهم رابع ثلاثة مصيرهم اربعة ومعنى قولهم رابع اربعة
احدها لان تحصيل الحاصل محال فلا يتحقق معنى التصيير وقد عرف في موضعه **قوله**
ارتداد الصبي الذي يعقل ارتداد عند ابي حنيفة ومحمد ويجبر على الاسلام ولا يقتل و
اسلامه اسلام لا يرث ابويه ان كانا كافرين وقال ابو يوسف ارتداده ليس بارتداد و
اسلامه اسلام وقال زفر والشافعي اسلامه ليس باسلام وارتداده ليس بارتداد وهذه
من مسايل الجامع الصغير المعادة وقول زفر والشافعي ليس بمذكور فيه وقد ذكره في
شروحه قال الحاكم في الكافي واذا ارتد الغلام المراهق عن الاسلام لم يقتل فان ادرك
كافرا حبسته ولم اقتله وكان القياس ان لا تكون ردته قبل البلوغ شيئا وان اسلم غلام
مجوسي فذكر وعقل الا انه لا يحتلم كان مسلما وهو قولهم جميعا ثم رجع ابو يوسف
بعد ذلك وقال اسلامه اسلام وكفره ليس بكفر الى هنا لفظ الحاكم **اعلم** ان الصبي
العاقل اذا اسلم يصح اسلامه استحسانا خلافا لزفر والشافعي وذكر الاستحسان
فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير والمراد بالصحة ترتب احكام الاسلام عليه

نحو الارث من اقاربه المسلمين والحرمان من الاقاربه المشركين وحرمة نكاح المشركة
في حقه وحل نكاح المؤمنة وبطلان مالية الخمر والخنزير في حقه وعصمة ذمته
وماله وغير ذلك الا انه متولي عليه في الاسلام فلا يكون اهلا له بنفسه فلو كان كالصلوة عليه
اهلا بنفسه لم يكن متوليا عليه لانه يلزمه احكام يشوبها مضرة فلا يعتبر اسلامه
للزوم المضرة ولان عقله ناقص فلا يكتفي به الاسلام الذي هو ادق الاشياء معرفة ولان
قول الصبي غير ملزم الا ترى انه لو طلق او اعتق او باع او اشترى لا يجوز فكذا اذا اسلم
او ارتد ولنا ان ركن الايمان قد وجد من اهله فوجب القول بصحته اما الاهلية فهي
بالعقل والتمييز وذلك حاصل لان كلامنا فيما اذا كان الصبي مميزا واما الركن
فهو الاقرار باللسان والتصديق بالقلب وقد حصل ذلك والحجر عن الايمان كفر فوجب
القول بصحته ثم لما جعل مسلما باسلام ابويه حكما تبعا لهما فلان يجعل مسلما باسلام
نفسه حقيقة اولى واحرى والاحكام ليست بمقصودة لذاتها بالاسلام لان المقصود
فوز السعادة الابدية ثم اذا ترتب الاحكام عليها لا ينافي بها لانها حصلت ضمنا والضمنيات
الشيء لا يعلل وقد صح عن علي رضي الله عنه اسلم في صباه لا خلاف في ذلك لاحد من الامة
حتى انه كان يفتخر به ويقول سبقتكم الى الاسلام طرا غلاما ما بلغت اوان حلمي يؤيده
قوله تعالى يا يحيى خذ الكتاب بقوة واتيناه الحكم صبيا وقيل في التفسير المراد
من الحكم النبوة فلما كان الصبي اهلا للنبوة كان اهلا للايمان لا محالة لان النبي يؤمن
لا محالة ومن اقبح القبائح ان يسمى كافرا ولا يعتبر اسلامه مع وجوده حقيقة
ومع اشتغاله بتعلم القرآن وتعليمه والعجب من الشافعي انه يصح معرفته بابويه والعجب من الشافعي
ويقول يختار الصبي ايهما شاء اذا وقعت الفرقة بينهما مع ان الصبي لا يختار من
ابويه الا من يطلق عنانه ويتركه على هواه وفيه فساد الصبي ولا يصح معرفته
بالله خالق العالمين ولشهده بتصديق قوله السموات والارض والعرش والكرسي
والانس والجن والملك والطيور والوحوش وغير ذلك دينه نفع للصبي اي نفع وفي كل
شيء له آية تدل على انه واحد وجه قول ابي يوسف في الردة ان اسلامه انما صح استحسانا
لكونه

٨

لكونه منفعة محضة ولا يصح ردته لانها مضرة محضة الا ترى ان قبول الهبة
منه يصح وردها لا يصح وهذا لان الردة سبب لزوال العصمة عن النفس و
المال فكانت مضرة فلم يصح كالطلاق ومذهب ابي يوسف هو القياس في الردة
وقد ذكرنا الرواية عن الكافي آنفا وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان اسلامه
انما صح لان ركنه حصل عن اهل فكذلك يصح ردته ايضا لانه اهل لكونه عاقلا مميزا
وركنها موجود وهو الكفر عن طوع الا انه لا يقتل لتمكن الشبهة في ردته اذ العقوبة
يسقط بالشبهة ويجبر على الاسلام لان فيه نفعا للصبي ثم لما صح ارتداد
الصبي عند ابي حنيفة ومحمد لم يرث ابويه المسلمين لانه مرتد والمرتد لا يرث احدا
قوله لما اي لزفر والشافعي رحمه اي في الاسلام قوله يشوبها فقال شاب
الماء اللبن والشوب الخلط قوله فلا يؤهل اي لا يجعل الصبي اهلا للاسلام قوله
وافتخاره بذلك مشهور اي افتخار علي بالاسلام مشهور وقد دل عليه البيت الذي
انشدناه آنفا قال ابو منصور الثعالبي في بعض مصنفاته اول من آمن برسول
الله صلى الله عليه وسلم من الكهول ابو بكر الصديق ومن الشباب زيد بن حارثة ومن
الصبيان علي بن ابي طالب وهو ابن سبع سنين ومن النساء خديجة بنت
خويلد قال لا خلاف في هؤلاء الاربعة بوجه من الوجوه واختلف الروايات
في سن علي رضي الله عنه عن سفيان عن جعفر بن محمد عن ابيه قال قتل علي وهو ابن
ثمان وخمسين سنة وعن احمد بن حنبل عن ابيه عن عبد الرزاق عن ابن جريج عن
محمد بن عمر عن علي ان عليا رضي الله عنه مات لثلاث او اربع وستين او نحو ذلك
وعن جعفر بن محمد عن ابيه قال اسلم علي وهو ابن سبع سنين ومات وهو
ابن سبع وخمسين سنة وروي عن الشعبي انه قال اقام علي رضي الله عنه بعد اسلامه
مع النبي صلى الله عليه وسلم عشرين ومع ابي بكر وعمر ثلاث عشرة سنة ومع
عثمان اثنتي عشرة سنة وولي خمس سنين وقال القتبي قال ابن اسحق قتل علي
وهو ابن ثلاث وستين سنة وذكر الثعالبي في لطائف المعارف وقال عاش رسول الله

صلى الله عليه ثلاثا وستين سنة وابو بكر مثلها وعمر مثلها وعلي مثلها **قوله**
وكذا المجنون والسكران الذي لا يعقل اي لا يصح ارتدادهما كما لا يصح ارتداد الصبي الذي
لا يعقل قال في شرح الطحاوي ارتداد السكران **لا يكون** ارتدادا ولا تبين منه
امراته وروي عن ابي يوسف انه قال تبين منه امراته وعقوده نافذة وطلاقه
واقع الا ان على قول عثمان رضي الله عنه **لا يقع** طلاقه الى هنا لفظه **اعلم** ان ردة
السكران لا يعتبر ردة لما روي ان بعض اصحاب رسول الله صلى الله عليه **قرا** قل
يا ايها الكافرون لا اعبد ما تعبدون فحذف لا فنزل قوله تعالى يا ايها الذين امنوا لا تقربوا الصلوة
وانتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون **وجه** الاستدلال انه تعالى اطلق عليهم اسم
الايمان مع ان مثل هذا لو صدر عن الصاحي كان ردة فعلم ان ردة السكران ليست بردة
استحسانا ذكر الاستحسان الحاكم في الكافي والفرق بين ارتداد السكران حيث
لا يصح عند ابي حنيفة ومحمد فافهم وصح طلاقه باتفاق اصحابنا ان الطلاق لا يتعلق
بالقصد الصحيح ولهذا اذا طلق ناسيا يقع والكفر يتعلق بالقصد ولهذا اذا سبق لسانه
بالكفر لا يكفر والسكران الذي لا يعقل ليس له قصد صحيح فلم يكفر لهذا ثم **اعلم** ان الرجل
اذا ارتد حبط حجه وثواب عمله وصلواته التي صلاها **فان اسلم** لزمه الحجة
الاسلام ثانيا وكذلك لو صلى صلاة ثم ارتد ثم اسلم في وقت تلك الصلوة يلزمه اعادتها
وكل من **سب** رسول الله صلى الله عليه او ابغضه كان مرتدا **واما** ذو العهود
من الكفار اذا فعلوا ذلك لم تخرجوا بذلك عن عهودهم وامروا ان لا يعودوا فان
عادوا عزروا ولم يقتلوا كذا في شرح الطحاوي وفي **الفاظ** التي اذا تكلم بها المسلم يكون
مرتدا يعرف في الفاظ الكفر في نسخ الفتاوى وقال في شرح الطحاوي واذا تهود النصراني
او تمجس او تنصر المجوسي فانه لا يؤمر بالرجوع الى حاله الاول لانه لا يؤمر بالتحويل
من كفر الى كفر وذكرنا هذه المسائل تكثيرا للفايدة لمن يرغب في المرتد والله اعلم

باب **البغاة**

وتاخير هذا الباب لقلة وجوده والمراد من البغاة الخوارج ولهذا سمى هذا الباب في المبسوط باب
الخوارج

الخوارج وهي جمع الباغي كالقضاة في جمع القاضي والبغي الظلم وهذا الجمع في اسم
الفاعل من المعتل اللام قياس مطرد كالغزاة في جمع الغازي وغير ذلك قال
في فصول الاستروشني لا بد من معرفة اهل البغي فاهل البغي هم الخارجون على
امام الحق بغير حق بيانه ان المسلمين اذا اجتمعوا على امام وصاروا امنين به فخرج
عليه طايفة من المؤمنين فان فعلوا ذلك لظلم ظلمهم فهم ليسوا من اهل البغي وعليه
ان يترك الظلم وينصفهم ولا ينبغي للناس ان يعينوا الامام عليهم لان فيه اعانة على الظلم
ولا ان يعينوا تلك الطايفة على الامام ايضا لان فيه اعانة لهم على خروجهم على
الامام وان لم يكن ذلك لظلم ظلمهم ولكن ادعوا الحق والولاية فقالوا الحق معنا
فهم اهل البغي فعلى كل من يقوى على القتال ان ينصروا امام المسلمين على هولاء الخوارج
لانهم ملعونون على لسان صاحب الشرع فانه قال صلى الله عليه الفتنة نايمة
لعن الله من ايقظها فان كانوا تكلموا بالخروج لكن لم يعزموا على الخروج بعد فليس
للامام ان يتعرض لهم لان العزم على الجناية لم يوجد بعد كذا ذكر في الواقعات
الامام اللامشي وذكر الفلاسي في تهذيبه **قال** بعض المشايخ لولا علي رضي الله عنه
ما دري ما القتال مع اهل القبلة وكان علي ومن تبعه من اهل العدل وخصمه ومن تبعه
من اهل البغي وفي زماننا الحكم للغلبة ولا ندري العادل والباغي كلهم يطلبون
الدنيا الى هنا لفظ كتاب الفصول واذا تغلب قوم من المسلمين على بلد وخرجوا
من طاعة الامام دعاهم الى العود الى الجماعة وكشف عن شبهتهم وهذا لفظ القدوري
في مختصره وعلل صاحب الهداية بقوله لان عليا رضي الله عنه فعل كذلك باهل
حروراء قبل قتالهم يعني ان عليا رضي الله عنه دعا الخوارج حيث بعث ابن عباس اليهم
فناظرهم في ذلك فيدعون قبل القتال رجاء العود بان اهون الامرين اولى
وقال ابو جعفر الطحاوي في مختصره واذا ظهرت جماعة من اهل القبلة راايا
وقاتلت عليه صار دارها منعة سبيلت عادا عانا الى الخروج فان ذكرت ظلما انصفت
من ظالمها والا دعيت الى الرجوع الى الجماعة قال ابو بكر الرازي في شرحه وانما

سئلت عن ذلك الجواز ان يكون خروجها للامتناع من ظلم جرى عليها او على
غيرها فان كانوا ممتنعين من الظلم محقون لا تجب قتالهم بل تجب معاونتهم لانهم
حينئذ خرجوا للامر بالمعروف والنهي عن المنكر فاذا علم ان خروجهم لم
يكن لظلم لحقهم او لحق غيرهم دعوا الى الجماعة والدخول في طاعة الامام و
الاصل فيه قوله تعالى وان طايفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما
فان بغت احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فاستفدنا
من هذه الاية حكمين احدهما انه ما كان لنا طمع في استصلاحهم ورجوعهم
فعلينا ان ندعوهم ونستصلحهم لقوله تعالى فاصلحوا بينهما **والثاني** انهم اذا لم
يجيبوا الى الصلح والرجوع واظهروا البغي وجب علينا قتالهم ثم ينبغي لك ان تعرف
بدا من تبعه علي في قتاله مع معاوية قال ابو عبد الله ابن محمد ابن سعد مصنف كتاب
الطبقات الكبير قالوا قتل عثمان رضي الله عنه يوم الجمعة لثمان عشرة ليلة
مضت من ذي الحجة سنة خمس وثلاثين وبويع لعلي ابن ابي طالب بالمدينة
الغد من يوم قتل عثمان بالخلافة تابعه طلحة والزبير وسعد ابن وقاص وسعيد
ابن زيد ابن عمرو بن نفيل وعمار بن ياسر واسامة ابن زيد وسهل ابن حنيف وابو ايوب
الانصاري ومحمد ابن مسلمة وزيد ابن ثابت وخزيمة بن ثابت وجميع من كان بالمدينة
من اصحاب رسول الله صلى الله عليه وغيرهم ثم ذكر طلحة والزبير انهما بايعاه كارهين
غير طايعين وخرجا الى مكة وبها عايشة ثم خرجا من مكة ومعهما عايشة الى البصرة
يطلبون بدم عثمان وبلغ عليا ذلك فخرج من المدينة الى العراق وخلف على
بالمدينة سهل ابن حنيف ثم كتب اليه ان يقدم عليه وولى المدينة ابا الحسن المازني
فنزل ذا قار وبعث عمار بن ياسر والحسن ابن علي الى اهل الكوفة يستنفرهم للمسير
معه فقدموا عليه فسار بهم الى البصرة فلقي طلحة والزبير وعايشة ومن كان معهم
من اهل البصرة وغيرهم يوم الجمل في جمادى الاخرة سنة ست وثلاثين فظفر بهم
وقتل يومئذ طلحة والزبير وغيرهما وبلغت القتلى ثلث عشر الف قتيل واقام علي

بالبصرة

بالبصرة خمس عشرة ليلة ثم انصرف الى الكوفة ثم خرج يريد معوية ابن
ابي سفيان ومن معه بالشام فبلغ ذلك معاوية فخرج اليه فيمن معه من اهل
الشام فالتقوا بصفين في صفر سنة سبع وثلثين فلم يزالوا يقتتلون بها اياما
وقتل بصفين عمار ابن ياسر وخزيمة بن ثابت وابو عمرة المازني وكانوا مع علي
ورفع اهل الشام المصاحف يدعون الى ما فيها وكانت مكيدة من عمرو بن العاص
اشار بذلك على معوية وهو معه فكره الناس الحرب وتداعوا الى الصلح وحكموا
الحكمين فحكم علي ابا موسى الاشعري وحكم معوية عمرو بن العاص وكتبوا بينهم
كتابا على ان يوافوا راس الحول باذرح فينظروا في امر هذه الامة فافترق
الناس فرجع معاوية بالالفة من اهل الشام وانصرف علي الى الكوفة بالاختلاف
والدغل وخرجت عليه الخوارج من اصحابه ومن كان معه وقالوا لا حكم الا لله و
عسكروا بحروراء فبذلك سموا الحرورية فبعث اليهم علي عبد الله بن عباس وغيره
فخاصمهم وحاجهم فرجع منهم قوم كثير وثبت قوم على رايهم وساروا الى النهروان
فعرضوا للسبيل وقتلوا عبد الله بن خباب ابن الارت فسار اليهم علي فقتلهم بالنهروان
وقتل منهم ذا الثدية وذلك سنة ثمان وثلثين ثم انصرف علي الى الكوفة فلم يزل
بها ولم يزل الناس تخافون عليه من الخوارج من يومئذ الى ان قتل واجتمع الناس
باذرح في شعبان سنة ثمان وثلثين وحضرها سعد ابن ابي وقاص وابن عمر وغيرهما من
اصحاب رسول الله صلى الله عليه رضي عنهم فقدم عمرو ابا موسى فتكلم فخلع عليا و
تكلم عمرو فاقر معوية وبايع له فتفرق الناس على هذا الى هنا لفظ كتاب الطبقات
من غير تغيير وحروراء قرية بالكوفة قال الجوهري حروراء اسم قرية تمد وتقصر
نسب اليها الحرورية من الخوارج كان اول مجتمعهم بها وتحكيمهم منها يقال حروري
بين الحرورية **قوله** ولا يبداء بقتال حتى يبداؤه فان بداؤه قاتلهم حتى يفرق
جمعهم هذا لفظ القدوري في مختصره اي لا يبداء الامام بقتال البغاة حتى يبداؤا القتال
قال الكرخي في مختصره قال الحسن بن زياد قال ابو حنيفة اذا وقعت الفتنة بين

المسلمين فينبغي للرجل ان يعتزل الفتنة ويلزم بيته ولا يخرج في الفتنة قالوا انما اراد ابو
حنيفة بذلك اذا لم يكن هناك امام يدعو الى القتال وان كان امام يلزمهم اعانته والدليل
على هذا ما قال الكرخي ايضا في مختصره بقوله وقال ابو حنيفة ان كان الناس مجتمعين
على امام من المسلمين والناس امنون والسبل امنة فخرج ناس ممن ينتحل الاسلام على
امام اهل الجماعة فينبغي للمسلمين ان يعينوا امام اهل الجماعة وان لم يقدروا على ذلك
لزموا بيوتهم ولم يخرجوا مع الذين خرجوا على الامام اهل الجماعة ولم يعينوهم
ثم قال وهذا قول زفر وابي يوسف ثم قال في مختصره قال الحسن وكان ابو حنيفة يقول
ينبغي للامام اذا بلغه ان الخوارج يشترون السلاح ويتاهبون للخروج لقتال
اهل الجماعة ان يبعث اليهم من الجند من يقاتلهم وينبغي للمسلمين ان يسارعوا في ذلك
ويقاتلوهم قال في شرح الطحاوي فاذا قاتلوهم فمن قتل من اهل البغي لا يغسل ولا يصلى
عليه ومن قتل من اهل العدل فانه يفعل به ما يفعل بالشهيد في حكم الشهيد قال
في وجيزهم يقدم التدبر اولا ولا يتبع المدبر اخر فلو بطلت شوكتهم في الحال ولكن
لم يؤمن عائلة اجتماعهم في المال ففي جواز اتباعهم بالقتل وجهان ثم الاصل في جواز
قتال البغاة قوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فاصلحوا بينهما فان بغت
احداهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله اي حتى ترجع ولان عليا
رضي الله عنه قاتل الخوارج بمحضر من اصحاب رسول الله صلى الله عليه من غير نكير منهم
فحل محل الاجماع ولان في اجتماعهم مفسدة عظيمة فيجب تفريقهم بالقتال دفعا
لها والذي روي عن ابن عمر وغيره من الصحابة من قعودهم وترك الاعانة فذاك
محمول على عدم قدرتهم على القتال في العاجز لا يلزمه الحضور قوله وذكر الامام
المعروف بخواهرزاده وهو الامام ابو بكر محمد ابن الحسين البخاري ويسمى خواهرزاده
لانه كان ابن اخت القاضي الامام ابي ثابت قاضي سمرقند وكان خواهرزاده اماما كاملا
في الفقه بحرا غزيرا صاحب التصانيف ومبسوطه اطول المباسيط وكان وفاته فيما بلغنا
في السنة التي توفي شمس الائمة السرخسي سنة ثلاث وثمانين واربعمائة وكان وفاة فخر
الاسلام

الاسلام البزدوي سنة احدى وثمانين واربعمائة وكان وفاة القدوري سنة ثمان
وعشرين واربعمائة قوله وهم مسلمون اي البغاة مسلمون بدليل قوله تعالى
فان بغت احداهما اي احدى الطائفتين من المؤمنين وقد سمى البغاة مؤمنين كما ترى
قوله لان نفس الكفر مبيح عنده يعني ان علة اباحة القتل هو الكفر عند الشافعي
وعندنا العلة هي الحراب قوله ولنا ان الحكم يدار على الدليل وهو الاجتماع يعني
ان المقصود من قتال البغاة دفع شرهم فاذا وجد دليل الشر وهو اجتماعهم
بعسكرهم تجرد فعهم بالقتال والدفع هو الحكم المرتب على شرهم فلا حاجة الى انتظار
حقيقة الشر لانه حينئذ ربما تحصل لهم شوكة وقوة تقع منها على المؤمنين
امر عظيم لا يتدارك لبده ويضرب لهم المثل السائر سمن كلبك ياكلك قوله
حتى يقلعوا والاقلاع الامتناع منه قوله عليه السلام فاقلعوا عن المعاصي قبل
ان ياخذكم الله قوله عند الغناء والغناء بفتح الغين المعجمة والمد الكفاية قوله
فان كانت لهم فئة اجهز على جريحهم واتبع موليهم هذا لفظ القدوري في مختصره و
هذا لان الغرض من الله قتال البغاة ازالة بغيهم لقوله تعالى حتى تفيء الى امر
الله فاذا كانت لهم فئة يلتجي المولي اليها فالغالب انه يعود باغيا فلهذا
جوزنا قتله وكذلك الجريح اذا كانت لهم فئة يدفف عليه لان الغالب من حال
الجريح ان يبرا فيعود باغيا حينئذ بالالتحاق الى فئة البغاة فجاز قتله وعند
الشافعي اذا بطلت شوكتهم في الحال ولكن لم يؤمن عائلة اجتماعهم في المال
ففي جواز اتباعهم بالقتل وجهان له في الخلافية انه يدفع شرهم فلا حاجة الى
الاتباع وهذا لانه قتال على وجه الدفع فصار كقتال غير الخوارج قلنا لا نسلم
انه قتال على وجه الدفع ولهذا يجب قتالهم بمجرد امتناعهم عن احكامنا او
تخييرهم بلا انتظار القتال لهم ولئن سلمنا لكن لا نسلم ان المعتبر وجود القتال منهم
حقيقة بل المعتبر دليل القتال وذلك حاصل اذا كانت لهم فئة فلو انتظر الوجود
القتال حقيقة ربما لا يمكن دفع شرهم بعد ذلك يقال اجهزت على الجريح اذا اسرعت

قتله وهذا الا نعال في المتن اغنى قوله اجهز واتبع ولم يجهز ولم يتبع كل ذلك على صيغة
المبنى للمفعول **قوله** ودونه اي دون اجهار جريحهم واتباع موليهم **قوله**
في الحالين الحالين اي فيما اذا كان لهم فئة ولم يكن لهم فئة **قوله** ذليله اي ذلك
القتال **قوله** ولا يسبى لهم ذرية ولا يقسم لهم مال هذا لفظ القدوري في مختصره و
هذا المادى عن علي رضي الله عنه انه قال يوم الجمل لا يغنم لهم مال ولا يسبى لهم
ذرية ولانهم مسلمون فلا يغنم مالهم كذا في شرح الاقطع ويوم الجمل هو
اليوم الذي كان فيه وقعة عايشه مع علي رضي الله عنهما وقد مر ذكره قبل هذا وانما
سمي يوم الجمل لان عايشه رضي الله عنها كانت يومئذ على الجمل **قوله** وهو
القدوة في هذا الباب اي علي رضي الله عنه هو المقتدى في باب قتال الخوارج والقدوة
اسم للاقتدا كالاسوة اسم للائتسا ثم يقال فلان قدوة اي يقتدى به **قوله**
وقوله في الاسير اي قول علي في الاسير ولا يقتل اسيرا ويدل ذلك فيما اذا لم يكن لهم
فئة اما اذا كانت لهم فئة فان شا الامام قتل الاسير وان شا حبسه دفعا للشر
بقدر الامكان وهو المراد لقوله بما ذكرنا **قوله** ولا باس بان يقاتلوا بسلاحهم ان
احتاج المسلمون اليه هذا لفظ القدوري **قال** منه وجه هذا اما اسلحتهم و
خيلهم فلا تحل استعمالها في القتال وترد عليهم عند الامن منهم ولا يرد قبله لانه يعين
في مال المسلم بغير اذنه فلا يجوز **ولنا** ان عليا رضي الله عنه قسم ما اصاب
من سلاح اهل البغي بين اصحابه ثم لما وضعت الحرب اوزارها ردها عليهم وكانت
القسمة قسمة انتفاع لدفع الحاجة لا قسمة تمليك ولان للامام الاستعانة بسلاح
اهل العدل عند الحاجة فاولى ان يستعين بسلاح اهل البغي وقال في شرح الاقطع
اخذ رسول الله صلى الله عليه درعا من صفوان بغير اختياره **قوله** والكراع على
هذا الخلاف اي يجوز استعمال الكراع عند الحاجة عندنا ولا يجوز عند الشافعي قال
في ديوان الادب **الكراع الخيل** **قوله** والمعنى فيه الحاق الضرر الادنى لدفع
الضرر الاعلى اي المعنى المبيح في استعمال اسلحة اهل البغي وكراعهم الحاق الضرر
الادنى

الادنى وهو ضرر صاحب السلاح وصاحب الكراع لدفع الضرر الاعلى وهو الضرر
العام الواقع على عامة المسلمين فيحتمل الادنى لدفع الاعلى **قوله** ويحبس الامام
اموالهم فلا يردها عليهم ولا يقسمها حتى يتوبوا فيردها عليهم هذا لفظ القدوري في
مختصره **اعلم** ان الامام يحبس اموال اهل البغاة دفعا لشرهم وكسرا لشوكتهم كيلا
يستعينوا بها علينا ولا يقسمها بين اهل العدل الى ان يتوب اهل البغي لان مالهم لا يملك
بالقهر والغلبة لان الاسلام عاصم للنفس والمال جميعا فاذا تابوا ردت عليهم
او الى ورثتهم ويباع كراعهم اذا لم يكن لاهل العدل حاجة الى استعمالها ويحفظ
ثمنها الى اربابها اذا تابوا لان حفظ الكراع يحتاج الى مؤنة والثمن لا مؤنة
في حفظه فكان حفظ الثمن ايسر وانظر للحافظ ولصاحب الكراع جميعا واما
السلاح فانه يدفع الى اربابه بعد ان تضع الحرب اوزارها **قوله** واما الرد بعد
التوبة فلا ندفاع الضرورة ولا استغنام فيها يعني ان اموال اهل البغي لا يستغنم
لعصمتها فلا يقسم لاجل هذا بين اهل العدل لكنها حبست للضرورة دفع الشر
فاذا اندفعت الضرورة بتوبتهم ردت اليهم **قوله** وما جباه اهل البغي من البلاد
التي غلبوا عليها من الخراج والعشر لم يأخذه الامام ثانيا وهذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه فان كانوا صرفوه في حقه اجزى من اخذ منه وان لم
يكونوا صرفوه في حقه فعلى اهله فيما بينهم وبين الله تعالى ان يعيدوا ذلك قوله
من الخراج والعشر بيان قوله ما جباه **اعلم** ان اهل البغي اذا اخذوا العشر
والخراج لا يؤخذ ثانيا لان الاخذ باعتبار الحماية الا ترى الى قول عمر رضي الله عنه
ان كنت لا تحميهم فلا تجبهم ثم ان كان صرف اهل البغي ما اخذوا في وجهه فلا اعادة
اصلا لا قضا ولا ديانة لان الحق وصل الى مستحقه وان لم يصرفوه في وجهه فلا
اعادة عليهم قضا ولكن يفتى ارباب الاموال ان يعيدوا ذلك فيما بينهم وبين الله
لان سقوط المطالبة قضا لا يوجب سقوطها ديانة ولكن قال مشايخنا
لا اعادة عليهم في الخراج ديانة ايضا لانهم محل الخراج لكونهم مقاتلة وكذلك

البغي صح

لا اعادة عليهم ايضا في العشر اذا كان اهل البغي فقراء لان مصرف العشر هم
الفقراء من اهل الاسلام قد رجل قوله وقد بيناه في الزكوة اي في فصل الفضة
قوله وفي المستقبل ياخذ الامام اي قال ابو بعض المشايخ وفي الحول الاتي ياخذ
الامام الخراج والعشر لحمايته حينئذ بظهور ولايته قوله فيه اي في المستقبل
من الزمان قوله ومن قتل رجلا وهما من عسكر اهل البغي ثم ظهر عليهم فليس عليه شيء
وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في اهل البغي
اذا كانوا في عسكر فقتل رجل منهم رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا عليهم قال ليس عليه شيء اي
لا يجب على القاتل دية ولا قصاص وهذا لانه قتل نفسا يباح قتلها الا ترى ان العادل
اذا قتله لا يجب عليه شيء لان لاهل العدل ان يقتلوهم لكسر شوكتهم فلما كان
يباح قتلها لم يجب شيء ولان القصاص لا يستوفى الا بالولاية بالمنعة ولا ولاية لامامنا
عليهم فلم تجب شيء فصار كالقتل الذي وجد في دار الحرب قوله وان غلبوا على مصر
فقتل رجل من اهل المصر رجلا من اهل المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وهذه
من مسايل الجامع الصغير اي ان غلب البغاة على مصر وذلك لانه قتل نفسا معصومة في
دار الاسلام بغير حق ومن قتلها بغير حق يجب عليه القصاص واستيلاؤهم كان بعارض
فلما زال صار كان لم يكن قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما معنى المسئلة
انهم غلبوا ولم تجر فيها احكامهم حتى ازعجهم امام العدل عن اهل المصر فلذلك وجب
القود قوله ان يجروا قبل ذلك اي ان يجري اهل البغي قبل اجراء احكامهم على اهل المصر
قال في الديوان ازعجه قلعه عن مكانه قوله وفي ذلك لم ينقطع ولاية
الامام اي فيما اذا لم يجروا احكامهم قوله واذا قتل رجل من اهل العدل باغيا فانه
يرثه وهذه من مسايل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في العادل يقتل الباغي قال يرثه وان قتل الباغي العادل فقال كنت على حق وانا الان
على حق ورثه وان قال كنت على باطل لم يرثه وقال
ابو يوسف لا ارثه في الوجهين اي فيما اذا قال كنت على باطل او اصله ان
ما تلف

ازعجه قلعه

ما تلف بين اهل العدل والبغي من نفس او مال فلا ضمان فيه على واحد من الفريقين
لكنه ياثم الباغي وقال الشافعي في القديم تجب على الباغي ضمان النفس والمال
وفي الجديد لا ضمان عليه وجه قوله في الضمان انه ظالم متعدي فيضمن كما لو
اتلف قبل ان يكون لهم منعة بخلاف فعل العادل فان فعله حق فلا تجب
الضمان وجه قولنا ما ذكر اصحابنا في كتبهم كفخر الاسلام وغيره
عن الزهري انه قال وقعت الفتنة واصحاب رسول الله متوافرون فاجمعوا
على ان كل دم استحل بتاويل القران فهو موضوع وكل مال استحل بتاويل القران
فهو موضوع وكل فرج استحل بتاويل القران فهو موضوع وما كان قايما
يرد قال في تحفة الفقهاء هذا اذا اتلفوا في حال المنعة فاما اذا اتلفوا اموالهم
ونفوسهم قبل ظهور المنعة او بعد الانهزام فانهم يضمنون لانهم من اهل دار
الاسلام ثم قال هذا جواب الحكم ويفتى ان يضمن كل واحد من الفريقين
للاخر ما اتلف من الانفس والاموال لكونها معصومة في هذه الحالة لا بطريق
الدفع ولان التاويل الفاسد ينزل منزلة التاويل الصحيح في حق دفع الضمان
لان كلامنا فيما اذا كان لهم منعة دافعة فصح في حق الدفع فلم تجب الضمان وبيانه
ان الخوارج يستحلون دماء المسلمين بالمعصية صغيرة كانت او كبيرة لقوله تعالى
ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدا فيها وتاويلهم هذا وان كان فاسدا
لكن اعتبر في حق دفع الضمان لما روينا عن الزهري انفا ثم قال ابو يوسف
وهو قول الشافعي ان الباغي اذا قتل مورثه العادل لا يرثه لانه قتل بغير حق
وتاويله الفاسد يعتبر في حق الدفع لا في حق استحقاق الميراث فيحرم
الارث بخلاف ما اذا قتل العادل الباغي حيث لا يحرم الارث بالاتفاق لانه
قتل بحق وقال ابو حنيفة رضي الله عنه ومحمد رحمه الله ان التاويل الفاسد جعل
كالصحيح في حق احكام الدنيا ولهذا لم تجب الضمان لا دية ولا قصاص ولا كفارة فلا
تجب الحرمان ايضا وتحقيقه ان سبب الارث وهو القرابة موجود فاعتبرنا

تاويله في حق دفع الضمان فيعتبر في دفع الحرمان عن الارث ايضا لكن شرط الارث
ان يكون مصرا على دعواه فاذا رجع فقد بطلت ديانته فلا ارث كما اذا كانت
على الباطل **قوله** وقال الشافعي في القديم انه يجب اى قال في القول القديم تجب
الضمان **قوله** وعلى هذا الخلاف اذا مات المرتد وقد اتلف نفسا او مالا اي
لا تجب الضمان عندنا وعلى قول الشافعي في القديم تجب قال الامام الولوالجي في
فتاواه وكذا المرتدون اذا اتلفوا من دمائنا واموالنا حالة الحرب لا يضمنون
لان هذا اتلاف حصل ممن يعتقد عدم وجوب الضمان بسببه في حال التبرلنا
ولانه لا الزام عليه فلا يواخذ به قياسا على اهل الحرب اذا اسلموا فانهم
لا يضمنون ما اتلفوا **قوله** لذا انه اتلف اى الشافعي **قوله** رواه الزهري
ذكرناه انفا وهو محمد بن مسلم ابن عبد الله بن شهاب الزهري من كبار التا
بعين مات سنة اربع وعشرين ومايه وهو ابن اثنتي وسبعين سنه **قوله** و
هذا لان الاحكام لا بد فيها من الالتزام او الالزام اشارة الى قوله والباغي
اذا قتل العادل لا تجب الضمان عندنا وتمام بيانه ان احكام الشرع في حق الدنيا
اما بالالزام او بالالتزام لم يوجد الالزام على الباغي لوجود منعه اهل البغي
بخلاف ما قبل ظهور المنعة لان ولاية الامام ثابتة عليهم باقيه كما كانت وكذا لم يوجد
الالتزام من الباغي لتاويله الفاسد ان قتل العادل مباح وتجوز اراقه دمه لان
من عصى الله صغيرة او كبيرة فقد كفر بخلاف الاثم فانه يثبت سوا الهم منعة
كانت او لم تكن لان منعتهم في حق الشارع كلا منعه فلا يكون وجود منعتهم دافعا
للاثم **قوله** ولها في راي ابي حنيفة ومحمد في قتل الباغي العادل **قوله** فيعتبر
الفاسد فيه اى التاويل الفاسد في دفع الحرمان **قوله** الا من شرطه
استثنا من قوله فيعتبر الفاسد اي من شرط اعتبار التاويل الفاسد بقا
الباغي على ديانته **قوله** الدافع اى الدافع للضمان **قوله** قال ويكره
بيع السلاح من اهل الفتنه وفي عساكرهم وهذه من خواص الجامع الصغير
وتمامه

وتمامه فيه وكان ابو حنيفة لا يرى باسا بالبيع بالكوفه من اهل الكوفه ممن لا يعرف
من اهل الفتنه وانما كره البيع من اهل الفتنه لئلا يلزم الاعانه على المعصيه
قال تعالى تعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وليس
هذا كبيع العصير ممن يجعله خمرا حيث لا يكره لان العصير ليس باله للمعصية
وانما يصير اله لها اذا تبدل وصار خمرا والسلاح نفسه الة للمعصية والفتنه
فكره بيعه من اهل الفتنه بخلاف ما اذا باع من اهل الكوفه ممن لا يعرفه
من اهل الفتنه حيث لا يكره لان امره حينيذ محمول على الجهاد لان امور المسلمين
محمولة على الصلاح والسداد دون الفساد وهذا في السلاح اما فيما
لا يقاتل به الا بصنعه متجدده كالحديد فلا باس ببيعه من اهل الفتنه
نظيره بيع المزامير والطنابير يكره وبيع الخشب لا يكره وبيع الخمر باطل ولا
باس ببيع العصير ممن يتخذه خمرا وانما خص البيع بالكوفة وان كان هذا
الحكم كذلك في غيرها لان الخوارج ظهروا من ثم **قوله** يكره بيع المعازف
قال صاحب ديوان الادب المعازف ضرب من الطنابير يتخذه اهل اليمن قال في
تحفة الفقها كل من لا يباح قتله من اهل الحرب لا يباح قتلهم من اهل
البغي الا اذا وجد القتال من العبيد والنسوان والشيوخ فحينيذ يقتلون
في حالة القتال وبعد الانهزام لا يباح ويكره ان يبعث برؤس البغاة او الحربي
الى الافاق الا اذا كان في ذلك وهن لهم فلا باس به ثم قتلى اهل العدل شهداء
يفعل بهم ما يفعل بالشهداء يكفنون في ثيابهم ولا يغسلون ويصلون عليهم
واما قتلى اهل البغي فلا يصلى عليهم سواء كان لهم فيه او لم يكن هو الصحيح
ولكن يغسلون ويكفنون ويدفنون لان هذا من سنه الموتى **واما** قضا قاضي
اهل البغي لا يصح لاحتمال انه قضا بما هو باطل عندنا لانهم يستحلون اموالنا
ودماءنا ولا يقبل قاضي اهل العدل كتاب قاضيهم لما ذكرنا من الاحتمال فاذا تابوا
ورجعوا ينظر الامام في قضاياه ان قضا بما هو الحق بشهادة العدل

المعزف صح

ينفذ والا تبرد العطل فاما اذا نصبوا قاضيا من اهل العدل فان قضاه
نافذ لان لهم شوكة وقوة فامكن للقاضي تنفيذ قضاياه بقوتهم هذه المسايل
لا صا لفظ التحفة ذكرناها تكثيرا للفايدة هذا اخر كتاب السير وهو
الدفتر السابع من كتاب غاية البيان شرح الهداية ويتلوه في الثامن
كتاب اللقيط بعونه تعالى ان شاء الله فرغ من تاليفه العبد الفقير الى
الله تعالى ابو حنيفة امير كاتب بن امير عمر العميد المدعو بقوام الفارابي
الاتقاني يوم الخميس العاشر من جادى الاولى سنة ثمان وثلاثين وسبعماية
ببغداد في المحلة الجعفرية عمرها الله تعالى وفرغ من كتابته العبد الضعيف
المحتاج الى رحمة ربه اللطيف خليل ابن حسن بن يعقوب غفر الله له
ولوالديه واحسن اليهما واليه يوم الاربعا اخر الصلاة الظهر عشر الاول
من جادي الاولى من سنة ست

وسبعين وسبعماية

بمدينة حلب المحروسة

وصلى الله على سيدنا محمد

واله وصحبه

وسلم تسليما

قال كت على الباطل قوله وقال الشافعي في القديم انه يجب اي قال في القول
القديم يجب الضمان قوله وعلى هذا الخلاف اذا تابت المرتدة وفنه الملتف نساوا ولا
لا يجب الضمان عندنا وفي قول الشافعي في القديم يجب قال الامام الولوالجي في فتاواه
ولكن المرتدون اذا استقلوا من ديارنا واموالنا حالة الحرب لا يضمنون لانه
هذا الاتلاف حصل ممن لا يجب عليه وجوب الضمان بسببه فكان ليس لنا ولاية
الالزام عليهم ولا اخذه به فيما يسايل اهل الحرب اذا اسلموا فانهم لا يضمنون ما
اتلفوا قوله وقال الزهري ذكرناه انفا وهو محمد بن مسلم ابن عبد الله بن شهاب
الزهري من كبار التابعين مات سنة اربع وعشرين ومايه وهو ابن اثنين وسبعين
سنة قوله وهذا لان الاحكام لا تثبت الا بالالزام او الالتزام اشاره الى قوله والباغي
اذا قتل العادل لا يجب الضمان عندهما ووجه ذلك انه انما احكام الشرع في حق الدنيا
اما بالالزام او لا الزام ولم يوجد الالزام على الباغي لوجود منعة اهل البغي بخلاف
ما قبل ظهور المنعة لان ولاية الامام ثابتة عليهم فانهم كانت وكذا لم يوجد الالتزام
من الباغي لتاويل الفاسد اما العادل يباح فخرج راسه ودمه لان من عصى الله
تعالى صغيرة فنه لم يخلف الانم فانه يثبت سواه ان له منعة اولم يكن لان
منعتهم في حق الشارع كلا منعة فلا يكون وجود منعتهم دافعا للاثم قوله ولهما
اي لابي حنيفة ومحمد الباغي العادل قوله يجب الفاسد فيه اي في التاويل
الفاسد في دفع الضمان قوله الا من شرطه استثنا من قوله يجب الفاسد
يعني الباغي على ديانته قوله الدافع اي الدافع للضمان قوله قال ويكره
بيع السلاح من اهل الفتنه وفي عساكرهم وفي هذه من خواص الجامع الصغير
ومعناه وكان ابو حنيفة لا يرى باسا بالبيع بالكوفة ممن لا يعرف من اهل
الفتنه وانما كره البيع من الفتنه لما فيه من الاعانة على المعصية قال الله تعالى
ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وليس هذا
كبيع العصير ممن يتخذه خمرا حيث لا يكره لان العصير ليس بالة المعصية
وانما يصير اله لها اذا تبدل وصار خمرا والسلاح نفسه اله المعصية او
الفتنه فكره بيعه من اهل الفتنه بخلاف ما اذا باع من اهل الكوفة ممن لا يعرفه
من اهل الفتنه حيث لا يكره لان امره ح محمول على الجهاد لان امور المسلمين
محمولة على السداد والصلاح دون الفساد وهذا في السلاح اما في ما
لا يقاتل به الا بصنعة يتخذ منه كالحديد فلا باس ببيعه من اهل الفتنه نظيره
بيع المزامير والطنابير يكره وبيع الخشب لا يكره وبيع الخمر باطل ولا باس بيعه
بيع العصير ممن يتخذه خمرا واما تخصيص البيع بالكوفة وان كان هذا الحكم في كل
غيرها لان الخوارج ظهروا من ثمة يعني يكره بيع الخارف قال صاحب
ديوان الادب المعرف ضرب من الطنابير يتخذه اهل اليمن قال في تحفة
الفقها كل من لا يباح قتله من اهل الحرب لا يباح قتله من اهل البغي الا اذا ارتد
الفتال من الصبيد والنسوان والشيوخ فحينئذ تباح قتلهن في حال القتال

ويعيد الانهزام لا يباح ويكره ان يبعث برؤوس البغاة او الحربي الى الآفاق الا اذا
كان في ذلك وهن لهم فلا باس به ثم قتلى اهل العدل شهداء يفعل بهم ما يفعل
بالشهداء يكفنون في ثيابهم ولا يغسلون ويصلون عليهم واما قتلى اهل البغي فلا
يصلى عليهم سواء كان لهم فئة او لم تكن لكنهم يغسلون ويكفنون
ويدفنون لان هذا من سنة الموتى اما قضاء قاضي اهل البغي فلا يصح لاحتمال انه قضى
بما هو باطل عندنا لانهم يستحلون اموالنا ودماءنا ولا ينفذ قاضي اهل العدل
كتاب قاضيهم لما ذكرنا من الاحتمال وان امنوا ورضوا بنظر الامام في ذلك
انه قضى بما هو الحق بشهادة العدل ينفذ والا فيرد ما اذا اختصموا الينا
من اهل العدل كان قضاؤه نافذا لانه لم يترك [illegible] وامر القاضي بعقد
قضاء [illegible] هذه المسائل التي هنا في التحفة ذكرناها لكثرة الفوائد
من الحرام السير يتلوه كتاب اللقيط ان شاء الله تعالى وصلى الله على سيدنا محمد
وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا **كتاب اللقيط** ذكر اللقيط واللقطة
عقيب السير لان النفوس والاموال في الجهاد على شرف الهلاك وكذلك
اللقيط واللقطة على شرف الهلاك وقدم اللقيط على اللقطة لكون النفس
اعز من المال وانما قدم السير عليهما لان في الجهاد اعلاء كلمة الله تعالى واخلاء العالم
عن الفساد الذي هو راس كل معصية وهو الكفر والجهاد فرض على سبيل
الكفاية لقوله تعالى اقتلوا المشركين او فرض عين اذا كان النفير عاما دون
[illegible] واما الالتقاط مندوب اليه لقوله تعالى ومن احياها فكانما احيا
الناس جميعا غاية ما في الباب انه [illegible] الالتقاط اذ احيف الضياع
على اللقيط ولا شك ان مرتبة الفرض اقوى فكان تقديمه اولى قوله
صاحب الهداية اللقيط سمي به باعتبار ماله لما انه يلتقط معناه ان اللقيط
سمي الملقوط مثل سمي مفعول هو ملقوط في الحال وانما سمي باعتبار المآل
والعاقبة لانه سيلتقط تسمية الشيء باسم ما يؤول اليه اسم لما يوجد مطروحا على الارض
من صغار بني آدم واللقطة اسم لما يوجد مطروحا على الارض من الاموال
قال في التحفة اللقيط اسم للصبي الذي يلتقط في عامة الاحكام وله احكام
على الخصوص منها ان الالتقاط واجب على من وجده لان في تركه ضياعه فيجب
عليه صيانته ومنها انه اذا التقطه فان شاء تبرع بتربيته والانفاق
عليه وان شاء رفع الى السلطان ليأمر بتربيته [illegible] على بيت المال
فيكون عقله على بيت المال وكذلك ميراثه لبيت المال ان لم يظهر وارثه
ولا ولد ومنها انه حر هذا حاصل ما ذكر في التحفة قوله فاللقيط حر
قال القدوري في مختصره هذا مذهب في الاصل عن علي رضي الله عنه انه
قال اللقيط حر وولاؤه وعقله للمسلمين وعن عمر مثله وعن شريح وابراهيم مثله
ولان الاصل هو الحرية والرق لعارض [illegible] العارض فوجب العمل
بالاصل [illegible] تبعا للدار الاسلام قال في شرح الطحاوي اللقيط حر في جميع

احكامه

احكامه حر في جميع احكامه حتى ان قاذفه يحد [illegible] ويجوز شهادته
بعد البلوغ اذا كان عدلا [illegible] وكتابته والجناية له وعليه
كجناية الاحرار قوله ونفقته في بيت المال هذا لفظ القدوري في مختصره فهذا
لما روي في كتب اصحابنا ان رجلا وجد منبوذا فاتى به عمر فقال عمر رضي الله
عنه نفقته علينا وهو حر ولانه مسلم فقير [illegible] على الكسب ولا قرابة بينه
وبين الملتقط فيكون نفقته في بيت المال كسائر فقراء المسلمين
ولان ارثه لبيت المال فيكون غرمه فيه ايضا بالغنم بالغرم ولهذا كانت جنايته
حتى لا يكون [illegible] في بيت المال ولو انفق عليه الملتقط فهو متطوع
الا ان يامره القاضي بذلك [illegible] ان يكون دينا عليه [illegible] اذا كبر لانه انفق
عليه بامر من له ولاية عليه ولو امره القاضي بذلك [illegible] لم يبين انه يكون دينا عليه
وذكر في الكافي انه لا يكون دينا عليه ولا يرجع عليه وهذا اصح لان الامر
المطلق يحتمل ان يكون للحث في احتمال [illegible] منه من التبرع وقد يكون
للرجوع واحتمال ذلك [illegible] هذا الاحتمال اذا شرط ان يكون دينا عليه وان كان
للقيط مال [illegible] ينفق عليه منه بامر القاضي لان اللقيط حر وماله في
يده [illegible] كذا ذكره في فتاوى الولوالجي قوله فاشبه المقعد الذي
لا مال له اي اشبه اللقيط المقعد الذي لا مال له [illegible]
من [illegible] حيث تجب نفقته في بيت المال قوله والخراج بالضمان قال في
المغرب الخراج ما يخرج من غلة الارض او الغلام ومنه الخراج بالضمان اي الغلة
بسبب ان ضمنته [illegible] ان ميراث اللقيط لما كان لبيت المال كان [illegible] نفقته
في بيت المال لان الغرم بالغنم قوله والملتقط متبرع [illegible]
[illegible]
قوله فان [illegible] الملتقط [illegible] قال القدوري في مختصره
لان يد الملتقط [illegible] ولان الالتقاط سبب الاحياء
فمن وجد ذلك من جهته كان اولى من غيره كالولادة قوله فان ادعى مدع انه
ابنه فالقول قوله هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية معناه اذا
لم يدع الملتقط نسبه وانما شرط هنا لان الذي في يده اذا ادعاه مع دعوى غيره
معا او قبل دعوى غيره هو اولى لانه الذي في يده [illegible]
المدعي سواء صدق المدعي [illegible] كذا ذكره الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
وهذا الذي ذكره القدوري استحسان والقياس ان لا يقبل قوله لان دعواه
تتضمن ابطال ما ثبت للملتقط من حق الحفظ او لجماعة المسلمين من الولاية فلا يقبل
من غير بينة ووجه الاستحسان ان يد الملتقط ليست مستحقة [illegible]
[illegible] فيقبل قوله ثم اختلف المشايخ فقال بعضهم يقبل قوله
في حق ثبوت نسب اللقيط من الخارج [illegible] يد الملتقط لان الاب بالولاية
اولى من الاجنبي وهذا اصح قوله [illegible] بطلان يده اي [illegible]
ثبوت النسب بطلان يد الملتقط قال الكرخي في مختصره فان سبق الذي هو في

بمنزلة ان الخارج مع ذو اليد الاول سيما الا ان يقيم الخارج البينة انه ابنه فيكون
اولى لانه اقام البينة دون المدعي قوله ولعبر بعديه اي بعدم اللقيط بعدم النسب
قوله وجهه اي وجه النسب قوله ولو ادعاه الملتقط قيل يصح قياسا لا استحسانا
والاصح على القياس والاستحسان وذكر صاحب الهداية تعريضا بالمسئلة القدوري
ولم يذكر الكرخي القياس والاستحسان وانما ذكرهما الطحاوي فقال القياس
ان لا يصح دعواه بالنسب ودعوى الملتقط انه لا يصح قياسا لتناقض كلامه لانه لما
زعم انه لقيط كان نافيا نسبه لان ابنه لا يكون لقيطا في يده لما ادعى انه ابنه
كان مناقضا لا لحاله ووجه الاستحسان ظاهر وهو انه نفع محض للصبي من حيث
وجوب النفقة والحضانة وثبوت النسب ويحصل له الشرف بذلك وما قيل
من التناقض في وجه القياس ليس بمعتبر لاشتباه الحال فربما يكون الصبي
منبوذا لتنفيق الحوادث فيظن الملتقط انه لقيط ثم تبين انه ولده فلا
تناقض اذن قوله وقد عرف في الاصل اي في المبسوط وبيانه هو ما ذكرناه
قوله وان ادعاه اثنان ووصف احدهما علامة في جسده فهو اولى به معناه اذا ادعى
نسب المولود رجلان خارجان لانه اذا كان احدهما ذا اليد كان هو اولى به الا ان اقام
الاخر البينة قال الامام الاسبيجابي ولو ادعاه رجلان انه ابنهما فان كان احدهما
مسلما والاخر ذميا فانه يقضي به للمسلم وان كانا مسلمين فايهما اقام البينة فهو له
ولو اقاما جميعا البينة قضي لهما ولو لم يقيما البينة غير ان احدهما وصف في جسده
علامات فاصاب والاخر لم يصف فانه يجعل ابنا للواصف ولو لم يصف كل واحد
منهما فانه يجعل ابنهما وذلك لان العلامة تصلح ان تكون مرجحة كما في متاع البيت
ولكن ان خالف بعض العلامات ووافق البعض لا يرجح به الخارج منه لما ذكر
البيهقي في كتابه والذي يؤكد ذلك قوله تعالى ان كان قميصه قد من قبل
فصدقت وهو من الكاذبين وان كان قميصه قد من دبر فكذبت وهو من
الصادقين قال الشيخ ابو نصر البغدادي ايضا ذكر هذا اذا ادعى رجلان
عبدا في يدي غيرهما ووصف احدهما علامة انه لا يستحق بالعلامة شيئا لان العلامة
تدل على شيء كانت بيده كانت لا يستحق بها الا ترى انه لو اقام المدعي البينة ان
العبد كان في يده لم يستحق العبد بذلك ولو اقام احد مدعي نسب اللقيط
البينة انه كان في يده قبل ذلك كان احق به فكذلك ايضا يكون اولى به
لاجل العلامة التي تدل على تقدم اليد وهذا الخلاف ما اذا لم يصف
واحد منهما حيث يكون اللقيط ابنهما لاستوائهما في سبب الاستحقاق وهو
الدعوى الا اذا اقام الاخر البينة فكان اولى لتايد دعواه بالحجة فقال
في شرح الطحاوي وان كان المدعي اكثر من اثنين روي عن ابي حنيفة انه يجوز
الى خمسة وقال ابو يوسف يثبت من اثنين ولا يثبت اكثر من ذلك
وعن محمد انه قال يجوز من ثلثة ولا يجوز اكثر من ذلك قال في الشامل في
قسم المبسوط ادعته امراة انه ابنها فلا يقبل الا بالبينة لان في دعوى المراة
حمل النسب على الزوج وان ادعته امراتان فاقاما البينة فهو ابنهما عند ابي

حنيفة

حنيفة ايضا لما قال كونه مولودا منهما ولابي حنيفة حمل مجازا عن دعوى الارث
والتربية وهو من احكام النسب كما في حق الرجلين وكالحق وجبرهم ولو ادعاه
اثنان قدم من سبق فان استويا قدم الغني على الفقير والبلدي على القروي
والقروي على البدوي وكل ذلك نظرا للصبي وظاهر الغنا له فيقدم على المستوري في
احسن الوجوه فان تساويا من كل وجه اقرع بينهما وسلم الى من خرجت قرعته
الى هنا لفظ الوجيز قوله وان ادعاه ذمي في مصر من امصار المسلمين اي في قرية من قراهم
فان ادعى ذمي انه ابنه ثبت نسبه منه وكان مسلما وهذا لفظ القدوري وتحقيق
هو استحسان والقياس ان لا يثبت نسبه من الذمي لان المنبوذ في دار الاسلام
محكوم عليه بالاسلام الا ترى انه لو مات يدفن في مقابر المسلمين واذا ثبت
اسلامه بظاهر دار الاسلام لا يصدق الذمي على دعواه لان كل مولود يولد على الفطرة
فابواه يهودانه او ينصرانه ويمجسانه وجه الاستحسان ان دعواه تضمنت
شيئين النسب وابطال الاسلام فالاول يصح لانه نفع للصبي من حيث وجوب
النفقة والحضانة والثاني لا يصح لانه ضرر الصبي ولا يبعد ان يكون الذمي
له ابن مسلم ولهذا يكون كذلك محلا ان الاسلام انه قال الكرخي في مختصره
قال ابن سماعة عن محمد في النوادر في رجل يلتقط اللقيط فيدعيه نصراني فقال
هو ابنه وهو مسلم وان كان عليه زي الاسلام فان اختلف مسلما فانه يثبت نسبه
من النصراني لان ذلك لا يجوز وينفق عليه قال وان كان عليه زي الشرك فهو ابنه
وهو نصراني على دينه وذلك ان يكون في رقبته صليب وعليه قميص ديباج
ووسط راسه محزوز الى هنا لفظه رحمه الله تعالى قوله فاستبعد جعله الاسلام
قوله دون ما يعتبره وهو ابطال الاسلام قوله فاذا وجده في قرية من قرى اهل
الذمة او في بيعة او كنيسة كان ذميا هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه
لما وجد في موضع مختص بهم كان الظاهر من حاله انه منهم فكان ذميا ولكن كان
فيجيز الجوار وان يكون من غيرهم ولهذا الحكم بكفر منبوذ وجد في دار الحرب
بعد ان الظاهر وان جاز ان يكون ولد مسلم تاجرا او اسيرا وهو الذي ذكره بقوله
اذا وجده الذمي في مواضع اهل الذمة رواية واحدة اما اذا وجد مسلم
في هذا المواضع قال في شرح الطحاوي فقد اختلفت الرواية فيه في رواية
كتاب اللقيط اعتبر المكان وفي رواية كتاب الدعوى اعتبر الاسلام اي اعتبر
ما يوجب الاسلام ايهما كان من المكان والواجد وفي رواية ابن سماعة عن محمد اعتبر
الواجد فعلى الاول القياس على ما اذا وجد في دار الحرب حيث لا يكون
مسلما وهذا لان المكان سابق والسبق من اسباب الترجيح ووجه الثاني
النظر للصبي ووجه الثالث انه كالماخذ التي تثبت بسبق اليد فكان اعتبار
الواجد اولى ولان اعتبار اليد اقوى من اعتبار المكان كالصبي المسبي مع احد
ابويه يعتبر كافرا به لا مسلما بدار الاسلام قال في كتاب البيهقي يجعل بسيما
السيما والزي لانه حجة لقوله تعالى تعرفهم بسيماهم وقال تعالى يعرف
المجرمون بسيماهم قوله في بعض النسخ اي نسخ المبسوط قوله وفي بعض نسخه اي نسخ

كتابة الدعوى من المبسوط قال في فتاوى الولوالجي فالحاصل انه من المسئلة على اربعة اوجه احدها ان يجده مسلم في مكان المسلمين كالمسجد ونحوه فيكون محكوما له بالاسلام والثاني ان يجده كافر في مكان اهل الكفر كالبيعة والكنيسة فيكون محكوما له بالكفر والثالث ان يجده كافر في مكان المسلمين والرابع ان يجده مسلم في مكان الكفار ففي هذين الوجهين اختلف الروايات في رواية اعتبر المكان ففي رواية يعتبر الواجد وفي رواية يعتبر ما يوجب الاسلام ايهما كان يعني من الواجد محكوما باسلامه في هذين الوجهين قوله ومن ادعى ان اللقيط عبده لم يقبل منه هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك ان الاصل في بني ادم الحرية لان الناس كلهم اولاد ادم وحوا عليهما السلام وهما كانا مسلمين حرين فكان اولادهما احرارا وانما الرق بعارض الكفر فكانت الحرية هي الظاهر والحكم بالظاهر الا ان يثبت خلافه بالبينة فان قبل البينة لا تقبل الا على الخصم ولا خصم ههنا قلنا الملتقط خصم لانه احق بحفظه ولا تزول يده الا بالبينة قوله فان ادعى عبد انه ابنه ثبت نسبه منه وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وكان حرا وذلك لان دعواه تضمنت شيئين الرق والنسب فالاول نفع للصبي لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب فيثبت ذلك وفي الثاني ضرر فلا يثبت ذلك لان الظاهر هو الحرية كما بينا فلا يبطل ذلك بالشك قوله والحر في دعوة اللقيط اولى من العبد والمسلم من الذمي ترجيحا لما هو الانظر في حقه اي في حق اللقيط وانما ذكر هذا تقريبا لمسئلة القدوري ثم ذكر المسلم اولى من الذمي فيما اذا ادعيا معا فاما اذا كان احدهما ذميا فكان هو اولى وقد ذكر في رواية الكرخي فيه عنه قوله فان ادعى مدع انه ابنه فالقول قوله وكذا اذا ادعى الذمي انه ابنه وادعى المسلم انه عبده كان ابن الذمي لان الدعوى في اللقيط لا تصح الا بالبينة وقد مر ذلك قيل هذا قال في فتاوى الولوالجي ولو وجد العبد اللقيط ولم يعرف ذلك الا بقوله فهو المولى كتبت بل هو عبدي فالقول قول المولى ان كان العبد محجورا لان ما في يد المحجور كانه في يد المولى لانه ليس له يد على نفسه فصار الواقع كانه احرز في يده لغير المولى لم يصح اقراره اذا كذبه المولى كما لو كان العبد في يد المولى وان كان ماذونا له في التجارة فالقول قول العبد لان له يدا على نفسه ولهذا لو اقر بشيء اخر في يده لغير المولى يصح اقراره وان كذبه المولى فيكون القول قوله فيما في يده قوله وان وجد مع اللقيط مال مشدود عليه فهو له هذا لفظ القدوري رحمه الله تعالى وذلك لان اللقيط في دار الاسلام لما كان حرا كان من اهل الملك فان كان له ظاهر العدم اليد الثابتة عليه اصله المتصدي الذي عليه ثم الحاكم الشهيد في الكافي وان وجد اللقيط على دابة فالدابة له ثم اللقيط ينفق عليه من ذلك المال بامر القاضي لعموم ولاية القاضي وهذا لانه لا يخفى نظرا لامور الصبي فقط اهو الرواية قال في الشامل وهو مصدق في نفقته مثله وقيل لا يشترط امر القاضي لان المال للقيط ظاهرا

مطلق له او اخذه الانفاق عليه لانه الظاهر فلنا ايضا لان من وضع المال معه انما وضعه لينفق منه عليه والعمل بالظاهر واجب الا ان يثبت خلافه لانا لم نكلف درك الباطن قوله وهو طريا اي اللقيط على الدابة قوله وشراما لابد له منه مطلقا على قوله ولاية الانفاق اي للملتقط ولاية الانفاق هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وله شراء ما لابد له منه المصير الى رفع المال القيط وفي ضمه راجع الى ما قوله ولا يجوز تزويج الملتقط على اللقيط ذكرا كان او انثى عقد نكاح ولا بيع ولا شرا هذا لفظ القدوري رحمه الله تعالى والامام محمد لان التزويج والتصرف في المال لا يصح الا بولاية او امر ممن له الولاية وسبب الولاية القرابة او الملك او السلطنة ولم يوجد واحد منها فلا يثبت الولاية لعدم سببها فلا امر انما لم يصح التزويج والتصرف ولان التصرف في مال الصغير لا يصح من الام مع ان لها ولاية التزويج عند ابي حنيفة رضي الله عنه عند عدم العصبات فلان لا يصح تصرف الملتقط في مال اللقيط بطريق الاولى لان المقصود الاصلي من البيع والشرا هو الثمر ولا يحصل ذلك بدون الراي الكامل والشفقة الوافرة فاما بعدم احد الامرين لا يحصل الثمر ظاهرا وههنا الظاهر وفي الام الشفقة الوافرة والراي الكامل وفي الملتقط على العكس فلم يكن لهما ولاية التصرف في المال بعدم المقصود منها بخلاف ولاية الاب لان له شفقة وافرة ورايا كاملا فكان له التصرف في النفس والمال جميعا قوله منهما اي من الام والملتقط قوله احدهما من الراي الكامل والشفقة الوافرة قوله ويجوز ان يقبض له الهبة وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه ويسلمه في الصناعة ويواجره قال في كتاب الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الطفل يكون في يده لقيط ليس له اب فيوهب له او يتصدق عليه فيقبضه له قال هو جائز قال الفقيه ابو الليث وهذا استحسان والقياس ان لا يجوز لانه لا ولاية له عليه وجه الاستحسان ان في ذلك منفعة للصبي وهو ما ذكر حلب المنفعة اليه ولان ما فيه نفع للمولود من اهل العاب حق عليه لا يتوقف وجوب الولاية كما في المعاملة وعقل بنا به اما اجارة الملتقط للقيط فهي جائزة على ما ذكره القدوري لان فيه تثقيف الصبي وحفظ حاله من الضياع وذلك نفع للصبي فجاز من الملتقط وقال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير لا يجوز ان يواجره اي الملتقط ويجوز للام ان تواجر ابنها اذا كان في حجرها ولا يجوز للعم لان الام تملك اتلاف منافعه بغير عوض بالاستخدام فلان تملك منافعه بعوض بالاجارة كان احق ولا كذلك الملتقط والعم وذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في اجارة الام والعم ابنها الصغير اذا لم يكن له اب القياس والاستحسان فقال القياس ان لا يجوز لها كما لا يجوز بيع ماله وجه الاستحسان ان للام ولاية الحفظ وفي الاجارة تحفيظ الولد وحفظه هذا كله حاصل ما ذكر قوله ويواجره بالنصب عطفا على قوله ان يقبض قوله وهو الاصح اي المذكور في الجامع الصغير هو الاصح مما ذكره القدوري وجه الاول اراد به رواية القدوري قوله يرجع الى تثقيفه اي ترجع

عقد الاجارة على اللقيط الى سقيف اللقيط والتثقيف التسوية يقال ثقف الرمح
اي سواه قوله وصح لانه نفع له لانه من رعاية الحاضن الصغير قوله ولا يملك اتلاف
منافعه اي لا يملك الملتقط اتلاف منافع اللقيط بالاستخدام قوله فاشبه العم
اي اشبه الملتقط العم اي كما لا يجوز للعم اجارة الصغير فكذلك لا يجوز للملتقط قوله
بخلاف الام يعني ان للام تملك اتلاف منافع الصغير بالاستخدام بلا عوض
فلان تملكه بالاجارة بعوض اولى قوله فذكره في الكراهية اي في اواخر كتاب
الكراهية في مسائل متفرقة

كتاب اللقطة

مناسبة الكتابين
اعني كتاب اللقيط وكتاب اللقطة في غاية الظهور لوجود معنى اللقط فيهما جميعا
الا ان اللقيط اختص بالمنبوذ من بني ادم واللقطة اختصت بالمنبوذ من المال
لان فعلة تدل على معنى الفاعل كالهمزة واللمزة والضحكة بفتح العين والمال المنبوذ
كانه يلتقط نفسه لكثرة رغبة الناس فيه وسلك الضائع بينه اليه فسمي
لقطة على الاسناد المجازي وفي المنبوذ بني ادم اما في القلوب عزيز له للزوم
نفقته ومؤنته فسمي لقيطا اي ملقوطا على سبيل التفاؤل وارادة الصلاح
وكتاب الماء سبيل والمهلكة مفازة ثم الاصل جواز اخذ اللقطة لقوله عليه
السلام من وجد لقطة فليشهد ذوي عدل قال في التاتارخانية عن المبسوط اخذ
اللقطة مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال في شرح
الطحاوي اذا وجد لقطة فالافضل ان يرفعها اذا كان يامن على نفسه واذا كان
لا يامن لا يرفعها وقال في شرح الاقطع يستحب اخذ اللقطة ولا يجب وقال
في الخلاصة قال بعضهم محمد بن سلمة ترك اللقطة افضل في قول
اصحابنا من رفعها ورفع اللقيط افضل من تركه وقال في خلاصة الفتاوى
ان كانت ضايعة يتعرض التلف ولم يرفعها اثم هكذا اجمع العلماء والافضل
الرفع في ظاهر المذهب الى هنا لفظه وقال في فتاوى الولوالجي اختلف العلماء
في رفعها قال بعضهم رفعها افضل من تركها وقال بعضهم يحل رفعها وتركها افضل
وجه القول الاول انه لو تركها لا يامن ان يصل اليها يد خائنة فيمنعها عن
مالكها ووجه القول الثاني ان صاحبها يطلبها في الموضع الذي سقطت منه
فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع ثم قال والاول اصح وقال الامام الكاكي
في شرح الطحاوي لو رفعها ووضعها في مكانه ذلك فلا ضمان عليه في ظاهر
الرواية وقال بعض مشايخنا هذا اذا لم يبرح عن ذلك المكان حتى وضعه
هناك فاما اذا ذهب عن مكانه ذلك ثم اعادها ووضعها فيه فقال بعضهم اذا
اخذها ثم اعادها الى ذلك المكان فهو ضامن ذهب عن ذلك المكان او لم يذهب
ههنا خلاف ظاهر الرواية الى هنا لفظ الاسبيجابي رحمه الله قوله اللقطة امانة
اذا اشهد الملتقط انه ياخذها ليحفظها او ليردها على صاحبها هذا لفظ
القدوري في مختصره وقدر الاشهاد كما نرى بلا ذكر خلاف وكذلك ذكر
الحاكم في مختصر الكافي بلا خلاف حتى اذا ترك الاشهاد فهلكت عنده ضمن

ولكن

ولكن قال الطحاوي في مختصره ان ابا حنيفة كان يقول اذا كان اشهد على ذلك فلا ضمان
عليه فيها وان لم يشهد على ذلك كان عليه ضمانها وقال ابو يوسف لا ضمان عليه
فيها اشهد عليه او لا اذا اخذها ليحفظها لصاحبها ولم يشهد يجب ان يحلف بالله ما اخذها
الا ليعرفها ثم قال الطحاوي وبه ناخذ ولم يذكر الطحاوي قول محمد وذكر في
الكامل والمنظومة والمختلف والحصر وفتاوى الولوالجي وخلاصة الفتاوى
قول محمد مع ابي حنيفة وكذلك ذكر الاسبيجابي في شرح الجامع ان الملتقط مأذون
في الاخذ شرعا فلا يكون اذن الشارع ادنى من اذن المالك ولو اذن المالك فلا ضمان
فكذا اذن الشارع الا ترى انه لو نسيه لا يجب فيها الضمان لوجود الاذن فكذا
هنا ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه قوله عليه السلام من وجد لقطة فليشهد
ذوي عدل وقد شرط الاشهاد فلا يكون مأذونا بدونه ولان الاصل في تصرف
الانسان ان يكون لنفسه الا ان يحمله اخذ لغيره وذلك عند الاشهاد ولو لم يوجد
وجوزان يقول ابو يوسف لو كان للآخذ فالامانة وجب الضمان لما اخذها
لغيره الاشهاد ومعه كان الغصب وابو يوسف والحفظ انه اخذها ليردها
فلا يحمل تصرفه لغيره فالاشهاد في الاشهاد لا ضمان لوجود الدليل
وكذا اذا اخلف هذا المعنى قوله وهو واجب اذا خاف الضياع على ما قالوا اي
اخذ اللقطة واجب اذا خاف الضياع على ما قال الشافعي قوله واذا كان كذلك
اي اذا كان اخذ اللقطة مأمورا فيه قوله وكذا اذا تصادقا اي لا يكون اللقطة
مضمونة اذا تصادقا في المالك والملتقط على ان الملتقط اخذ اللقطة للمالك لانه
ثم لما جحد عليها قوله وصار كالبينة اي صار تصادقهما كالبينة يعني ان البينة
اذا وجدت عند الاخذ لا يجب الضمان فكذا اذا وجد التصادق
قوله ولو اقر انه اخذه لنفسه يضمن بالاجماع ذكره تفريعا لمسألة القدوري
وذلك لانه يغصب في مال الغير بلا اذن فكان عاصيا بالاجماع احترازا عن الضمان
الذي يلزم على عدم الاشهاد عند ابي حنيفة لان فيه خلاف ابي يوسف
قال في شرح الطحاوي ولو اخذها ليأكلها لا ليردها على صاحبها ثم هلكت
فانه يضمن ولا يبرأ عن ضمانها حتى يرفعها الى صاحبها قوله فان اعادها الى مكانه
عليه وقال الاخذ اختيار للمالك وكذبه المالك يضمن عند ابي حنيفة ومحمد وقال
ابو يوسف لا يضمن والقول قوله اي قول الاخذ مع يمينه على انه اخذها ليردها
على صاحبها وذكر ايضا تفريعا لمسألة القدوري وبيانه مر انفا قوله لا خيار
الحسبة اي لاخذها الملتقط حسبة لله تعالى والحسبة اسم للاحتساب
كالعدة من الاعتداد وانما قال لاحتساب العمل لمن نوى به وجه الله وجه
الله تعالى لان له حينئذ ان يعتد عمله فجعل في حال مباشرته الفعل كانه
معتد كذا ذكره الزمخشري في الفائق قوله وما ذكرناه ظاهر بجارحة نقله
اي الذي ذكره ابو يوسف من شهادة الظاهر للملتقط بجارة يعني الظاهر
ظاهر الحر متعلق بان الحال الفعل والظاهر ان يكون تصرف الانسان لا
لغيره وذكروا في شرح الشافي هذا الاختلاف اذا كان متمكنا من الاشهاد

فان لم يمكن لعدم من يشهد على ذلك او لخوفه على انه ان اخذ منه ظالم فالقول
قوله مع اليمين بالاجماع ولا ضمان عليه في ترك الاشهاد قوله ويكفيه في الاشهاد
ان يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي او اكثر قال في شرح الطحاوي ولو قال
التقطت لقطة او وجدت لقطة او عندي شيء فمن سمعتموه ينشد شيئا فدلوه علي
فلما جاء صاحبها قال هلكت لا ضمان عليه وكذلك لو وجد لقطتين قال
من سمعتموه ينشد شيئا فدلوه علي ثم قال عندي لقطتان وكذلك لو قال
عندي لقطة برئ من الضمان وان كانت عشرا وهذا كله اشهاد لانه انما اخذها
ليردها على صاحبها وقال شمس الائمة الحلواني ادنى ما يكون في التعريف
ان يشهد عند الاخذ ويقول اخذها لاردها فان فعل ذلك ولم يعرفها بعد
ذلك كفى قوله قال فان كانت اقل من عشرة عرفها اياما وان كانت عشرة
فصاعدا عرفها حولا اي قال القدوري في مختصره وهذا الذي ذكره
رواية عن ابي حنيفة وفي ظاهر الرواية مدة التعريف مقدرة بالاشياء
الى ما قال الحاكم الجليل الشهيد في الكافي واذا وجد الرجل لقطة عرفها
حولا وكذلك ذكر الطحاوي في مختصره وقال في شرح الطحاوي واذا التقط
لقطة يعرفها سنة سواء كان الشيء نفيسا او خسيسا في ظاهر الرواية
هذا لفظه وقال في فتاوى الولوالجي عن ابي حنيفة انه قال ان كانت
مائتي درهم فما فوقها يعرفها حولا وان كانت اقل من مائتي درهم الى عشرة يعرفها
شهرا وان كانت اقل من عشرة يعرفها على حسب ما يرى وعن ابي حنيفة
في رواية اخرى انه ان كانت مائتي درهم فصاعدا يعرفها حولا وان كانت عشرة
فصاعدا يعرفها شهرا وان كانت ثلاثة فصاعدا عرفها عشرة ايام وان كانت
درهما فصاعدا يعرفها ثلاثة ايام وان كانت دانقا فصاعدا يعرفها يوما وان
كانت دون ذلك ينظر يمنة ويسرة ثم يضعه في كف فقير قال شمس الائمة
السرخسي وكل هذا ليس بتقدير لازم لانه يعرف القليل بتقدير ما يغلب على
ظنه ان صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وقال اصحاب الشافعي التعريف
واجب سنة وهو قول مالك بعد ذلك واحتج من اعتبر الحول بما ذكره في
الصحيح البخاري بسنده الى ابي بن كعب قال اخذت صرة فيها مائة دينار فاتيت النبي
صلى الله عليه وسلم فقال عرفها حولا فعرفتها فلم اجد من يعرفها ثم اتيته فقال
عرفها حولا فعرفتها فلم اجد ثم اتيته ثلاثا فقال احفظ وعاءها وعددها
ووكاءها فان جاء صاحبها والا فاستمتع بها وجه الاستدلال به ان النبي صلى
الله عليه وسلم اعتبر الحول في كل حين ولانها مدة متعينة لوجوب اداء الزكاة
فكانت لتعريف اللقطة لان اللقطة حكمها التصدق بعد التعريف ان لم يجئ
صاحبها ووجه تلك الرواية ان الحديث ورد فيما هي مائة دينار ونحن نقول
به اذا كانت اللقطة مائة دينار وفي معنى المائة ان يكون عشرة دراهم

لان

لان العشرة تقطع اليد بها في السرقة كالمائة وتصلح ان تكون مهرا كالمائة
فلما كانت في معنى المائة من هذا الوجه جعلنا مدة التعريف في العشرة مثلها
في المائة احتياطا بخلاف ما دون العشرة فانه ليس في معنى المائة ففوضنا
تقدير المدة الى راي المبتلى به قوله وقال الشيخ ان شيئا من هذه المقادير
ليس بلازم فيفوض الى راي الملتقط هذا اشارة الى قول شمس الائمة الذي ذكرناه
انفا قوله وان كان الشيء شيئا لا يبقى عرفه حتى اذا خاف ان يفسد تصدق
به ذكر هذا تفريعا لمسألة القدوري قال في ايضاح الشافعي ان كانت اللقطة
مما لا يبقى اذا اتى عليه يوم او يومان عرفها فاذا خاف الفساد تصدق بها
قوله وينبغي ان يعرفها في الموضع الذي اصابها وفي الجامع قال في شرح الطحاوي
والتعريف انما يكون في ابواب المساجد وفي الاسواق وقال في الشامل والتعريف
ان ينادي في الاسواق والمساجد من ضاع له شيء فليطلبه عندي قوله وان كان
شيئا لا يطلبه صاحبها كالنواة وقشور الرمان يكون القاؤه اباحة وكذا هذا
تفريعا لمسألة القدوري اعلم ان ما يلتقطه الملتقط على نوعين نوع لا يطلبه
صاحبه كالنواة وقشور الرمان في مواضع متفرقة فهو مباح للملتقط يجوز له
الانتفاع به بلا تعريف الا ان يبقى على ملك صاحبه حتى لو وجده في يد الملتقط اخذه ان
شاء ونوع اخر يطلبه صاحبه كالذهب والفضة والعروض فلا بد فيه
من التعريف وقشور الرمان ان وجدها مجتمعة في مكان فهي من هذا النوع وان وجدها
في مواضع اخرى حتى بلغت عشرا صارت لها قيمة ان يجدها في موضع واحد
فهي من النوع الثاني والتفاح والكمثرى والحطب في الماء الاباحة ياخذها كذا
في خلاصة الفتاوى قوله فان جاء صاحبها والا تصدق بها قال القدوري في
مختصره وتمامه فيه فان جاء صاحبها بعد ذلك فهو بالخيار ان شاء امضى الصدقة
وان شاء ضمن الملتقط قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا وجد الرجل لقطة
عرفها حولا فان جاء صاحبها دفعها اليه وان لم يجئ فهو بالخيار وان شاء امسكها
حتى يجيء صاحبها وان شاء تصدق بها على ان صاحبها بالخيار اذا جاء ان شاء
اجاز الصدقة وان شاء اختار الضمان فضمن الذي تصدق بها وان شاء ضمن
المسكين فايهما ضمن لم يرجع على الاخر بما ضمن الى هنا لفظه رحمه الله وانما
كان صاحب اللقطة اولى بها اذا جاء لما حدث ابو جعفر الطحاوي في شرح
الاثار باسناده الى عياض بن حمار المجاشعي عن النبي صلى الله عليه وسلم
من التقط لقطة فليشهد ذوي عدل ولا يكتم ولا يغيب فان جاء ربها فهو احق
بها والا فهو مال الله عز وجل يؤتيه من يشاء ولان ايصال الحق الى صاحبه
واجب فان امكن ايصال العين اليه يجب ذلك وتعين الا يتصرف بها بكيفية
يكون الثواب له وان شاء امسكها وان شاء تصدق بها على رجاء ان يجيء صاحبها
ثم بعد التصدق ان جاء صاحبها فان شاء امضى الصدقة ويكون الثواب له
لان الاجازة في الانتهاء كالاجازة في الابتداء ولكن لا يشترط قيام المحل وقت

الاجازة لان الملك يثبت للفقير قبلها بخلاف ما اذا باع الفضولي مال
غيره حيث يشترط للاجازة قيام المحل لان الملك لا يثبت قبل الاجارة بل
بعدها وان شاء ضمن الملتقط لانه تصرف في مال غيره بغير اذنه فكان سببا
للضمان غاية ما في الباب انه تصرف باباحة الشرع وهي لا تنافي الضمان
الا ان ترى ان تناول مال الغير حال المخمصة مباح باباحة الشرع لكنه
الضمان وكذا المار في الطريق المباح اذا المشي في الطريق مباح فاذا
هلك به شيء يجب الضمان على الماشي والرامي لان اسقاط حق محترم
ولا يجوز بلا ضمان وان شاء ضمن المسكين لانه قبض مال الغير بغير اذنه
فصار الملتقط كالغاصب والمسكين كغاصب الغاصب الا انهما
ممن لا يرجع على صاحبه بما غرم واما الملتقط فلانه ملك تلك
اللقطة من وقت التصرف فصار متصدقا بملك نفسه ثم في بعض النسخ ان شاء
تقدير هلاك اللقطة فان كانت قائمة اخذها لانه ان شاء لا يشمله من
حقه قال في خلاصة الفتاوى قال الفقيه ابو جعفر ان تصدق
باذن القاضي ليس له ان يضمنه فان كانت قائمة في يد الفقير فاخذها
المالك فان كان الملتقط محتاجا ان يتصدق اللقطة الى نفسه بعد
التعريف وان كان هناك ليس له ذلك فان قلت قولكم الملك للفقير
قبل الاجازة مسلم ذلك لكنا نرى كذلك ينبغي ان يسترد صاحب
اللقطة قلت لا يلزم من ثبوت الملك عدم الاسترداد كالهبة يثبت
فيها الملك للموهوب له ومع هذا يصح استرداد الواهب ويصح المرتد
بعد اللحاق بدار الحرب اذا عاد ثانيا باخذ ما كان قائما من المال
في يد ورثته مع ان الملك كان ثابتا لهم قبل العود قوله وذلك اشارة
الى انفصال الحيوان المستحق قوله وهو الثواب اشارة الى ان الضمير راجع
الى العرض قوله على اعتبار اجازة المالك وانما قيده لانه اذا لم
يجز التصدق ولا يكون الثواب الى المالك قوله ثم يتحقق بادلة المالك
قوله وهو يتوقف على اجازته اي يتوقف نفاذ التصدق على اجازة المالك
فان اجاز نفذ والا فلا قوله والملك يثبت للفقير قبل الاجازة فلا يتوقف
على قيام المحل هذا جواب سؤال مقدر بان يقال لما توقف
نفاذ التصدق على اجازته ينبغي ان يشترط وجود المحل عند الاجازة
لكن لا يشترط ان هلك المال في يد الفقير ثم اجاز المالك جاز فقال
في جوابه الملك يثبت للفقير قبل الاجازة لان الملتقط لما اذن له
الشرع في التصدق بلا اذن المالك لان التصرف من باب ...
يتوقف ثبوت الملك على خروج المحل عند الاجازة قوله لثبوته
اي لثبوت الملك فيه اي في بيع الفضولي بلا اجازة واذا اجاز
المالك بيع الفضولي يشترط لصحة الاجازة قيام الاربعة المالك

والمتعاقدين

والمتعاقدين والمعقود عليه اذا كان الثمن دينا وسيجيء ذلك في البيوع
ان شاء الله تعالى قوله قالوا يجوز الالتقاط في الشاة والبقر والبعير
اي قال القدوري في مختصره قال في الشامل في قسم المبسوط الافضل
اخذ الضالة وهو في سعة ان يتركها وقال لانه تضييع ونقل صاحب
الهداية عن مالك والشافعي اذا وجد البقر والبعير في الصحراء فالترك
افضل فقال في شرح الاقطع قال الشافعي لا يأخذها قال في كتاب
التشريع لاصحاب مالك ومن وجد بعيرا في الصحراء فليتركه
وقال احمد ابن حنبل لا يتعرض للبعير ولا لما فيه قوة الامتناع بنفسه
بين الرعي والشرب لنا ما روي في الصحيح البخاري مسندا الى زيد
ابن خالد الجهني ان رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة
فقال عرفها سنة ثم اعرف وكاءها وعفاصها فان جاء احد يخبرك بها والا فادفعها
اليه فقال يا رسول الله فضالة الغنم فقال خذها فانما هي لك
او لاخيك او للذئب قال يا رسول الله فضالة الابل فغضب رسول
الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه اي احمر وجهه ثم قال
ما لك ولها معها حذاؤها وسقاؤها حتى يلقاها ربها ولنا ان الاصل في اخذ
اللقطة ما يمتنع عن نفسه كالطير في البر والحوت في البحر والبعير والفرس
لا يكون الضياع غالبا الا ان الضياع في عصر الخوارج فكان اخذها اولى من
الترك وكراهة الاخذ ولنا ان اللقطة اذا كانت شاة يستحب اخذها
بالاجماع صيانة لاموال الناس عن الضياع فاذا خيف الضياع على
البعير ونحوه يستحب الاخذ ايضا لهذا المعنى وقد دل على ما قلنا
ما خرجه الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى عبد الله بن عمرو بن
العاص ان رجلا من مزينة اتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله
كيف ترى في ضالة الغنم فقال طعام ماكول لك او لاخيك او للذئب احبس
على اخيك ضالته قال يا رسول الله كيف ترى في ضالة الابل قال
ما لك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ولا يخاف عليها الذئب تأكل الكلأ
وترد الماء دعها حتى يأتي طالبها ويدل الحديث ان المنع للاخذ في
الابل هو خوف الضياع فاذا خيف على البعير الضياع كان حكم
البعير حكم الشاة فان قلت ينبغي ان لا يجوز اخذ اللقطة اصلا
بدليل ما روى في شرح الاثار مسندا الى الجارود رضي الله عنه قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ضالة المسلم حرق النار قلت
فاما اذا
ذلك اذا كان الالتقاط لمنفعة الملتقط كالركوب ونحوه فاذا
كان لله تعالى بالتعريف يجوز ذلك بدليل ما روي عن النبي صلى الله عليه
وسلم من التقط لقطة فليشهد ذوي عدل هذا هو الجواب عن الحديث
الاخر وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يؤوي الضالة الا ضال
يعني فاذا اخذها لنفسه والحرق يحصل اسم ما لا حراق ومعنى تغلب

الحرق الصب يعني ان مالكها سيب الخطاب بالنار والمفاوز لو عما تكون
فيه النفقة جلدا كان او حركه او غير ذلك كذا قاله ابو عبيد قوله
والاباحة اي اباحة اخذ اللقطة قوله واذا كان معها اي مع اللقطة
ليجئ اذا كان دابة يدفع عن نفسها كالبعير والفرس قوله الكراهة اي
كراهة الاخذ قوله كالشاة يجب اخذها بالاجماع قوله فان
انفق الملتقط عليها بغير اذن الحاكم فهو متبرع هذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه وان انفق بامره كان ذلك دينا على صاحبه فاذا
رفع ذلك الى القاضي نظر فيه فان كان للبهيمة منفعة اجرها وانفق
عليها من اجرتها وان لم يكن لها منفعة وخاف ان تستغرق النفقة
قيمتها باعها وامر بحفظ ثمنها وان كان الاصلح الانفاق عليها اذن
في ذلك لكن بالاذن وجعل النفقة دينا على مالكها الى هنا لفظ القدوري
رحمه الله تعالى اعلم انه اذا انفق على اللقطة بغير امر القاضي
يكون متبرعا بما انفق ولا يرجع به على صاحبها لانه انفق عليها بغير
امر من له ولاية فصار كما اذا علف دابة غيره بغير امره وان انفق بامر
القاضي يرجع بذلك على صاحبها لعموم ولاية القاضي فعند ذلك للقاضي
نظر الى مصالح المسلمين وحفظ اموالهم فكان له الاذن في الانفاق
حاله ذلك وصار دينا على صاحبها فاذا رفع امر اللقطة الى القاضي يخير
فيها ان كانت شيئا يمكن اجارته كالدابة اجرها وانفق عليها من
اجرتها اعتبارا بحق المالك صورة ومعنى بابقاء العين مع المالية وان لم
يكن اجارته كالشاة مثلا يبيع ويحفظ الثمن ابقاء لحق المالك معنى
بالمالية حيث لم يكن ابقاء الصورة لانه يخاف عليها ان يأكل
النفقة القيمة ومع ذلك لو رأى الانفاق اصلح اذن له في الانفاق
وجعل النفقة دينا على المالك لان القاضي ناظر لانه نصب ناظرا في
فاذا رأى حفظ واصلح كان له ذلك قال الحاكم الشهيد في الكافي
فان رفعها الى القاضي واقام البينة على انه التقطها امره ان ينفق
عليها على قدر ما يرى يومين او ثلاثة وهذا معنى قول صاحب
الهداية وفي الاصل شرط اقامة البينة وذلك لانه يحتمل انه بامره ينفق
ومتى لم ينفق يهلكه اللقطة فيأمره بالانفاق اذا اقام البينة وان
قال لا بينة لي يقول القاضي انفق عليه ان كنت صادقا فيما قلت
ويشهد القاضي على ذلك فان كان صادقا فيما قال يرجع وان كان كاذبا
لا يرجع قال الولوالجي رحمه الله وانما يفعل هذا اذا كانت اللقطة
شيئا لا يخاف الهلاك عليه متى لم ينفق الى ان يقيم البينة اما اذا
كان يخاف بان القاضي لا يكلفه باقامة البينة لكن يقول له انفق
عليه ان كنت صادقا قال الحاكم واذا باعها اعطاه القاضي من ذلك
الثمن ما انفق في اليومين او الثلاثة وذلك لان الثمن مال صاحبها

والنفقة

والنفقة دين على صاحبها وهو معلوم للقاضي فصاحب الدين اذا ظهر
عين حقه كان له ان يأخذه فكان للقاضي ان يجيبه عليه وقال القاضي
ايضا فان لم يبعها حتى جاء صاحبها واقام البينة انها له قضى له القاضي
وقضى عليه بنفقة الملتقط ايضا هذا الذي ذكره من اعطاء القاضي ما
انفق من ذلك الثمن اذا امره القاضي بالانفاق وشرط له الرجوع فاذا لم
يشترط فيه روايتان في رواية لا يرجع وفي رواية يرجع كذا ذكره
الولوالجي في فتاواه وذكر ايضا فيها واذا باع اللقطة بامر القاضي لم
يكن لصاحبها اذا حضر الا الثمن لان الملتقط انما باعها بامر القاضي
كبيع القاضي ولو باعها القاضي والبيع لم يكن لصاحبها الا الثمن فهنا
هنا وان باعها بغير امر القاضي لا يسعد ويتوقف على اجازة المالك فانه
باعه بغير ان يلي له ولاية الاذن فبعد ذلك ان كانت اللقطة قائمة
في يد المشتري فهو بالخيار ان شاء اجاز البيع وان شاء ابطل البيع
وان كانت اللقطة هالكة في يد المشتري فصاحبها بالخيار ان شاء ضمن
البائع القيمة وان شاء ضمن المشتري فان ضمن البائع نفذ البيع لانه
ملك اللقطة من حين قبضها وكان الثمن للبائع ويتصدق بما
زاد على القيمة قوله وان انفق بامره اي بامر الحاكم قوله نظرا للجا
نبين قوله على ما بينا اي بينه حسنة حظوظ عند قوله ان كان
الاصلح الانفاق عليها قوله فان كان للبهيمة منفعة اجرها اي اذا
كانت البهيمة مما يصلح للاجارة كالفرس والبعير قوله وكذلك
يفعل بالعبد الآبق اي يؤجر الآبق وينفق عليه من اجرته كما في
خلاصة الفتاوى لو احتاجت اللقطة الى النفقة ينفق بامر القاضي
والاولى ان يأمره القاضي فان يؤجر البعير والفرس وينفق عليه
من غلته ثم قال والعبد الضال كذلك والآبق لا يؤجر فان
فعل ذلك المدة فلان يجد قوله فان لم تكن لها منفعة اي دابة لم يكن
لها منفعة اي وان لم تكن البهيمة صالحة للاجارة كالشاة قوله وامر
بحفظ ثمنها اي امر القاضي بحفظ ثمن البهيمة قوله فيأذن في
ذلك اي اذن القاضي للملتقط في الانفاق قوله وفي هذا المحط نظر
من الجانبين اي في اذن القاضي للملتقط في الانفاق وجعل النفقة
دينا على المالك نظر من الجانبين جانب المالك بابقاء عين ماله
وجانب الملتقط برجوعه على المالك بما انفق قوله وفي الاصل شرط
اقامة البينة وهو قول بعد اولايا لاحتمال الغصب قوله
وليست تقام للقضاء جواب سؤال مقدر بان يقال كيف شرط في
الاصل اقامة البينة ولا تقام البينة الا على مدعى عليه منكر ولم يوجد ذلك
فقال في جوابه وليس هذه البينة لاجل القضاء حتى تشترط المدعى عليه

بالثمن لكشف الحال يعني ايتمس حتى ينكشف حال البهيمة لقلته **قوله** حتى يرجع بالنفقة
تفصيل لقوله القاضي لصاحب الملتقط **قوله** ولا يرجع بالنفقة ايضا عطفا على قوله
حتى يرجع **قوله** وقولهم في الكتاب يحصل النفقة دينا على صاحبها اشارة الى انه ●ـب بالكتاب
مختصر القدوري وقوله اشارة خبر لقوله وقوله يعني بذلك اشار الى ان اللقط
انما يرجع على المالك بما انفق اذا شرط القاضي الرجوع **قوله** وهو رواية الرجوع
على هذه الرواية اذا امر القاضي بالانفاق على اللقطة ولم يشترط الرجوع على
المالك فالملتقط ان يحبسها حتى يحضر النفقة اي قال القدوري في مختصره
اي لا يدفعها اليه حتى يعطي النفقة كان له ذلك وانما قلنا ذلك بان اللقطة
سلمت بنفقة الملتقط فصار كان المالك استفاد الملك من جهته فكان له
الحبس لاستيفاء النفقة كالبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن لان المشتري
استفاد الملك من جهته والمعنى قوله وانه يشبه ذلك وذا الابق لان الابق
يحبسه بعد لاستيفاء الجعل لانه ثم ما لكه احياه فكان مشبها للتوى والتلف
كان اللقطة حبسها الملتقط لاستيفاء النفقة لانها سلمت لصاحبها احياء ان
كانت عرضة للتوى والتلف وكذلك دين النفقة الذي امر بها القاضي لا يسقط
اذا هلكت اللقطة قبل الحبس وسقط بعد الحبس كان الرهن اذا هلك بعد
حبس المرتهن بالنفقة بيانه فيما قال في التحرير اذا امر ان ينفق على
الرهن فالقاضي امر المرتهن بان ينفق عليه ثم ان اعطي الدين للمرتهن ان يحبس
للرهن حتى يستوفي النفقة ولو هلك الرهن بعد ذلك لا شيء على الراهن من ذلك
هو قول ابي يوسف وقال ابو يوسف ليس له ان يحبس بالنفقة لان الذي يحيي
المرتهن فالنفقة دين على الراهن بخلافه تلك هنا الى ذكره من سقوط دين
النفقة بهلاك الرهن بعد الحبس يعني ان يكون فيما اذا كانت قيمة
الرهن وقيمة النفقة سواء او قيمة الرهن اكثر اما ان كانت قيمة الرهن اقل
ينبغي ان يرجع المرتهن بفضل النفقة **قوله** قال ولقطة الحل والحرم سواء
اي قال القدوري في مختصره يعني بعد التعريف وهو الحول في الظاهر
يتصدق بها او ينتفع بها ان كان فقيرا وقال في وجيز اما اللقطة
مكة فلا يملكها لقوله عليه السلام لا تحل لقطتها الا لمنشد معناه على الدوام
والا لم يظهر فائدة التخصيص وقبل ان يملك كسائر البلاد ولنا في هذه اللقطة
ولنا ما روى في الصحيح البخاري مسندا الى زيد بن خالد انه قال جاء رجل
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال اعرفها اعرف
عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فان جاء صاحبها والا فشأنك بها قال فضالة
الغنم قال هي لك او لاخيك او للذئب قال فضالة الابل قال ما لك
ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها وجه
الاستدلال به ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اطلق ولم يفصل بين لقطة
الحرم وغيرها ولانها لقطة فيجوز اخذها لاجل الانتفاع بها بعد الحول
كلقطة الحل ولان التصدق انما يملك المالك من حيث المعنى بل بحسب يصل

الثواب

الثواب له فيملكه الملتقط كما في سائر اللقطة والجواب عما تمسك به الشافعي
فنقول معناه لا تحل لقطتها اي دفعها الا لمن يعرفها وتخصيص حل الدفع للمعرف
بلقطة الحرم لازالة الوهم بيانه انه يتوهم سقوط التعريف لان الناس يأتون اليها
من الاقطار من كل فج عميق ثم يتفرقوا فاشعر بعموم الطالب ان لقطتها
تعرف لا يسقط عنه لما ذكرنا فلا تأبيد للاذن في التعريف وسعي ان يسقط
للاذن التعريف اصلا لعدم الفائدة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم
ذلك الوهم فقال لا يحل رفع لقطتها الا للمعرف كما هو الحكم في غيرها من
البلاد قال صاحب الجمهرة يقال نشدت الضالة انشدها نشدا ونشدانا
اذا طلبتها وانشدت الضالة انشادا اذا عرفتها وهذا البيت للمثقب
العبدي ورأيت في شرح ديوان المثقب للاصمعي وكان يعجب هذا
البيت هذا المثل اذا اسمع دعا ناشد وهو الطالب اصاخ اليه
ويصغي من يحسبه ومن كتاب ابن الاعرابي هذا كان ثعلب الكلبي غير ابي
المنكل قال في ديوان الادب عفاص القارورة غلافها والوكاء رباط
القربة **قوله** والتخصيص بالحرم لبيان انه اي في الحرم **قوله** واذا حضر
رجل وادعى اللقطة لم يدفع اليه حتى يقيم البينة فان اعطى علامتها
حل للملتقط ان يدفعها اليه ولا يجبر على ذلك في القضاء هذا لفظ القدوري
في مختصره وعند مالك والشافعي واحمد يجبر الملتقط على دفع اللقطة
اعطاه صاحبها علامتها بان يخبر عن وزنها وعددها ووكائها وعفاصها
ويحتج في ذلك كله لما روى البخاري في الصحيح باسناده الى زيد
ابن خالد الجهني رضي الله عنه قال جاء اعرابي الى النبي صلى الله عليه وسلم
فسأله عما يلتقطه قال عرفها سنة ثم اعرف عفاصها ووكاءها فان
جاء احد يخبرك بها والا فاستنفق بها وفي رواية فان جاء ربها فادها
اليه وجه الاستدلال به انه عليه الصلاة والسلام امر بالدفع بالعلامة
بدون اقامة البينة لان للملتقط لا نزاع له في الملك لانه لا يدعي
الملك وانما نزاعه في اليد فكان نزاعه من وجه دون وجه فاشترطنا
بيان العلامة دون اقامة البينة ولنا ان اليد والملك كل واحد
منهما مقصود الا ان نزع الملك لا يستحق الا بالبينة فكذا اليد لانها
حق مستحق مقصود ان المدعي ادعى غاصبه يلزم الضمان
لازالة اليد المحترمة وان لم يكن المدعي بالملك وانما قلنا على الدفع
دون الجبر عليه توفيقا بين الحديثين حديث الخصم وحديث المشهور
وهو قوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر وانه المشهور
اذا اوجب البينة ولا يستحق الملتقط به دفعها فلو استحقها بحكم الحديث
الاخر يلزم التعارض على وجه يلزم النسخ في هذا الاستحقاق
وعدمه الا ان يلحق التعارض على ان التمكين فحملنا ما تمسكوا على اباحة الدفع

كيلا يلزم التناقض بين الاتحاد وليس هنا كالملتقط حيث يدعي العلامة
لان مدعي اللقيط يدعي نسبه على نفسه فيصدق لعلامة بغير علامة
اما مدعي اللقطة فلا يصدق بغير علامة فلا بد فيه من بيان علامته
كالذي في سائر الدعاوي وهذا اذا كانت البينة شرطا للاستحقاق ثم ان الملتقط
اذا صدقه بدون البينة ودفعها اليه فاخذ منه كفيلا اخذ منه استحسانا
لنفسه حتى اذا ظهر الامر بخلافه وجه الرجوع عليه يرجع على الكفيل
قال في خلاصة الفتاوى ياخذ منه كفيلا بلا خلاف والخلاف
في الوارث اذا لم يعرف بينة انه لا وارث له سواه اراد به مسئلة الجامع
الصغير وهي ان الميراث اذا قسم بين الغرماء او الورثة لا ياخذ منه كفيل
ولا من وارث عند ابي حنيفة وقالا ياخذ كما يؤخذ في الآبق واللقطة وجه
قول ابي حنيفة ان الحق له وقعت لمجهول فيظهر الحق فلا يجوز
تعطيل الحق لمجرد فاسد لان الوارث الغائب او الغريم الغائب ثم وجوده
احتمال ولا يبعد في ذلك الجهل لا يصح تمسكه واما الآبق واللقطة فقال
في رواية لا يجب ان ياخذ منه كفيلا وقال في رواية قال الصدر
الشهيد في شرح الجامع الصغير الرواية الاولى قول ابي حنيفة والرواية
الثانية قول ابي يوسف ومحمد وقال الزاهد العتابي في العبد الآبق
واللقطة اذا وجد صاحب الحق او ادعى اجرا به او ما قام البينة فانه يدفع
اليه ولا ياخذ منه كفيلا عند ابي حنيفة وعندهما ياخذ وان دفع
اليه فاختار من الملاحظة او شرط البينة ياخذ منه كفيلا بالاجماع
الى هنا لفظ العتابي وذلك لان الحق ليس بظاهر للحاضر الاترى ان
له بيعه نفسخ فاخيره للتكليف ثم اعلم ان الملتقط اذا صدقه جاز
دفعها اليه لانه اقر بما ادعى لكن هل يجبر على الدفع اليه فيه اختلف
المشايخ فالبعض قالوا لا يجبر كما في الوديعة
ومنهم من قال يجبر فاذا دفع ثم اقام آخر البينة انها له ان كان العين
قائما في يد القابض ياخذ المدعي بالبينة لان الدفع الى القابض انما
حصل باقرار الدافع ولا يعمل بالاقرار عند قيام البينة وان كان
هالكا كان له الخيار ان شاء ضمن الملتقط وان شاء ضمن القابض
فان ضمن القابض فالقابض لا يرجع على احد وان ضمن الملتقط ففي رواية
لا يرجع على القابض وفي رواية يرجع وهو الصحيح لان الملتقط وان
ليس ضامنا لحق القابض لكن القاضي لما قضى بالملك للمدعي بالبينة
فقد ظهر كذب الملتقط في اقراره والاقرار مما يبطل بتكذيب
القاضي فاذا بطل الاقرار صار كانه دفع من غير تصديق ثم ظهر
الامر بخلافه فثمة كان له ان يرجع فكذا هنا قوله فيأخذ منه
كفيلا اذا كان يدفعها اليه استحسانا وهذا بلا خلاف وقال
في فصل القضاء بالمواريث فيه روايتان والاصح انه على الخلاف

يبقى

يبقى في اخذ الكفيل حيلولة دفع اللقطة روايتان والاصح انه على الخلاف
على قول ابي حنيفة لا ياخذ الكفيل خلافا لصاحبيه وبقي الخلاف هناك
اثباته في فصل القضاء كلام سابق من صاحب الهداية قوله ولا يتصدق
باللقطة على غني هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان ما كان سبيله
التصدق لا يجوز صرفه الى غني لقوله عليه الصلاة والسلام لا تحل الصدقة لغني
اصله الزكاة قوله وان كان الملتقط غنيا لم يجز له ان ينتفع بها وهذا
لفظ القدوري في مختصره وقال الشافعي يجوز الانتفاع للغني لحديث
ابي ويكون قرضا عليه كذا في الاسرار لما روي في حديث ابي بن كعب
انه اصاب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صرة فيها مائة دينار
فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان يعرفها سنة ثم ينتفع بها وكان ابي اكثر المال
من سائر اصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فامره النبي صلى الله عليه وسلم
ان يعرفها فلم يجد من يعرفها فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان ياكلها
وروي ان علي بن ابي طالب اصاب دينارا على عهد رسول الله صلى الله
عليه وسلم فعرفها فلم يجد من يعرفها فامره النبي صلى الله عليه وسلم ان
ياكله وكان لا يحل له الصدقة كذا في جامع الترمذي ولنا ما روى اصحابنا
في كتبهم عن النبي عليه السلام انه قال لا تحل اللقطة فمن التقط شيئا
فليعرفه سنة فان جاء صاحبها فليردها اليه وان لم يأت فليتصدق
واللقطة بحقيقة التعريف سبيلها التصدق بدليل قوله تعالى
فليتصدق فلا يجوز صرفها الى الملتقط لانه غني وقد روي في الاسرار عن
عمر وعلي وابن عباس انه يتصدق بها فان جاء صاحبها خير بين الاجر والغرم
فان اختار الغرم كان اجرها للملتقط وقد روى محمد في كتاب الاصل
عن ابي يوسف عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم انه قال في اللقطة
يعرفها حولا فان جاء صاحبها والا تصدق بها فان جاء صاحبها
فهو بالخيار ان شاء نفذ الصدقة وان شاء ضمنه ولانه مال الغير
لطلب مستحقه فلا يجوز الانتفاع به من غير اجازته كما لو عين المالك
ولانه غني فلا يجوز انتفاعه بها كما لو تصدق بها على غني آخر فان قلت
ثبت في الصحيح البخاري في حديث زيد بن خالد الجهني فان جاء صاحبها
والا فشانك بها يدل على ان الانتفاع للملتقط غنيا كان او فقيرا قلت
لا نسلم ذلك لان معناه الزم شانك بها في الحفظ لصاحبها كما كان قبل
الحول لانه عليه الصلاة والسلام ذكر شانا معرفا وهو الذي كان ثابتا
له قبل المدة وكذلك معنى ما روي في بعض الاحاديث استمتع بها
ما تستمتع بمالك اي في الحفظ والاحتياط الا ترى انه لا يستمتع بها
ما يستمتع بمال نفسه عندهم لانه يمكن اولا يتجر به تحصيل الملك واذا
تقدم التصدق التملك في سنة التعريف او لا بد من التملك ايضا على

على قوله وعلى قوله لابد من تصرف مزيل للملك ومثل هذا لا يتحقق في مال
نفسه وانما سبيله سبيل القرض عندهم ولا يتحقق ذلك في مال نفسه
فعلم ان المراد حفظها اخذا بالحفظ ماله والجواب عن حديث ابي ثالث اصحابنا
انه كان فقيرا من قبل بيان ذلك ما روي انس رضي الله عنه انه قال كان لابي طلحة
ارض جعلها لله تعالى فاتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال له اجعلها في فقرا
قرابتك فجعلها في حسان ابن ثابت وابي ابن كعب وهذا يشهد انه كان
فقيرا لكن انما جاز له الانتفاع بها لانه كان باذن الامام وهو قرضا
وهو الجواب عن حديث علي ايضا لانه عليه السلام اقرضه لان اذنه
على انها ثابتة قرض قالوا لا يحتملوا الملتقط بعد الحول اما ان يكون في حكم
الصدقة المأذون في جنسها او في حكم القرض لا يجوز ان يكون صدقة
لان الضمان يترتب عليه كما بالصدقة اذا اكلها الفقير لاحتمال فيها
فعلم انها كالقرض فيه الغني والفقير سواء ولنا ان الصدقة لاتنافي
الضمان بالاجماع اما عندهم فكما ذكره المحيط اذا استغنى الفقير بعد
الحول واما عندنا فان الملتقط واحد لم يعرف له وارث فتصدق
بماله الامام على فقير ثم ظهر له وارث قوله من الياسير اي من الاغنيا
ومرجع الميسور ضد المعسور وهما صفتان عند سيبويه وعند مصدران
عند غيره قوله يباح للفقير حلاله على دفعها اي ليكون حاملا له
وباعثا على دفعها قوله لاطلاق النصوص نحو قوله تعالى لا تأكلوا
اموالكم بينكم بالباطل الا ان تكون تجارة عن تراض منكم وقوله تعالى
ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى اهلها ولا يحمد واو قوله
من اعتدى عليكم الا انا تركنا ظاهر الايه بالاجماع في حق التصدق
على الفقير وبالاثار في الاحيان ولم يوجد مثل ذلك في الغني فبقي
داخلا تحت عموم الظاهر قوله والاباحة للفقير عادة قوله
عليه السلام فليتصدق بها قوله والغني محمول على الاخذ لاحتمال
افتقاره في مدة التعريف هذا جواب عما قال الشافعي يجوز الانتفاع
للغني بعد مدة التعريف حتى يكون حاملا على رفع اللقطة وصيانتها
لانه اذا عرف الملتقط يجوز له الانتفاع بها بعد المدة يرفعها لحاجة
ان يؤول اليه قال في جوابه لحامل موجود وهو الافتقار في مدة
التعريف فلا حاجة الى تجويزه للغني قوله فيجوز ... باذن
الامام الانتفاع باللقطة بعد المدة جائز للغني باذن الامام على انه
يكون قرضا لوقوعه في محل مجتهد فيه فان الانتفاع للغني يجوز عند
الشافعي رحمه الله تعالى قوله وان كان الملتقط فقيرا فلا باس بان ينتفع
بها هذا لفظ القدوري في مختصره اذا مضت مدة التعريف للملتقط ان
يصرف اللقطة الى نفسه ان كان فقيرا لان حاجته بنفسه على حاجة غيره فيما
فيه ... اذا وجد الركاز ان يصرف الى نفسه اذا كان فقيرا لان ...

اللقطة لان الملتقط مراعاة النظر للجانبين جانب الملتقط بالانتفاع وجانب المالك
بحصول الثواب له وهذا المعنى جار في دفعها الى غيره من الفقرا وهو وسائر الفقرا
سوا في الفقر فجاز له الانتفاع ايضا قوله وكذا اذا كان الفقير اباه او ابنه او زوجته
وان كان هو غنيا اي وان كان الملتقط غنيا ولفظ القدوري في مختصره ويجوز ان
يتصدق بها اذا كان غنيا على ابيه وابنه وزوجته اذا كانوا فقرا وذلك لان
حق اللقطة يحتمل الصدقة على الفقرا وهم فقرا فجاز التصدق بها عليهم
ثم لا يخلو التصدق بها من امرين اما ان يكون واجبا فيجوز التصدق بها كذلك
ايضا على الاب والابن والزوجة لان الملتقط لا يدفع عن نفسه بل عن غيره وهو كالنايب
في التصدق عن غيره وهو كالنايب في التصدق عن غيره ومن استناب رجلا في
دفع صدقته جاز ان يدفعها الى هولاء فكذلك جاز له ان يتصدق باللقطة على
هولاء قوله وكذا اي لا باس به ان ينتفع باللقطة الاب الفقير والابن الفقير على هولاء
قوله وكذا اي لا باس لما ذكرنا اي لما بينا من تحقق النظر من الجانبين كتاب
الاباق وهذه الكتب يعني اللقطة واللقيط والاباق والمفقود لتناسبها
لما فيها من معنى التركة والتلف توالى بعضها خلف بعض قال في المبسوط الاباق
تمرد في الانطلاق وهو من سوء الاخلاق ورداءة الاعراق يظهر العبد عن نفسه
فرارا لتتميم ماله فكان ماله في ردة الى مولاه احسان فجزاء الاحسان الا الاحسان
والابق هو الذي يهرب من مالكه قصدا والضال هو الذي ضل الطريق اي
منزله قوله فالابق اخذه افضل في حق من يقوى عليه ونقل ملا صاحب هوالك
خلاصة الفتاوى عن الاصل فقال في الاصل اخذ الابق افضل ثم قال
وفي اخذ الضال اختلف فيه بعض قال بعضهم اخذه افضل لما فيه من
احيا النفس ومن التعاون على البر كالابق وقال بعضهم ترك الضال
افضل لانه لا يبرح من مكانه حتى صاحبه فياخذه وليس كذلك الابق لانه اذا لم
يوخذ يضيع حتى مولاه قوله ثم اخذ الابق ياتي به الى السلطان وذلك لان الاخذ
لا يقدر على حفظه بنفسه عادة فيأتي من يده فياتي به الى السلطان
فلا يحصل الغرض من اخذه فياتي به الى السلطان لانه قادر على حفظه بنفسه فكلا
الضال فانه لا يخشى عليه من الاباق فاذا اخذه ... فهو الذي يكون من
الضمان بالعبد الابق الى السلطان اختيار شمس الايمة السرخسي واما اختيار
شمس الايمة الحلواني فالاخذ بالخيار ان شاء حفظه وان شا دفعها الى الامام وكذلك
الضال ... الواجب فيهما بالخيار كذا في الذخيرة قال الحاكم الشهيد في الكافي
وان اقر الرجل السيد اخذه السلطان حبسه فان جاء رجل واقام البينة انه عبده قال
يستحلفه بالله ... ولا وهبه ولا باعه ... ان باخذ منه كفيلا ان
اخذه القاضي كفيلا لم يكن مسيئا لكن لا يجاحده احب الي قال الحاكم هذه
رواية ابي حفص ... في بعض الروايات ... باخذ منه
كفيلا قال ان باخذ منه كفيلا ... ذلك وان لم يكن للمدعي بينة وان العبد
ان هو لمعه قال ... اليه ... كفيلا وان لم ... للعبد طالبا فاذا

ذكر باعه الامام وامسك ثمنه حتى يجي طالبا ويقيم البينه بان العبد عبده فيدفع اليه الثمن
ولا ينتقض بيع الامام وينفق عليه الامام في مده حبسه من بيت المال ثم ياخذه
من صاحبه ان حضر ومن ثمنه ان باعه الى هنا لفظ الحاكم في الكافي وقال في الشامل ابتا
في قسم المبسوط اما الحلف فيحتمل انه قاله اذا ادعى العبد انه عتق من ملكه والقاضي
حكم عن الغائبين وانما الحلف للاحتياط وان اراد احد الحلف قيام البينه وفي
الولوالجي في فتاواه فان لم يجئ للعبد طالب فالقاضي لا يتعجل ببيعه ولا
للقاضي نصب ناظر ادمتام النظر فيه ... فان العبد عليه وينفق عليه من بيت
المال ويرجع بما انفق على مولاه فان تلف ما انفق بين العبد الابق والعبد الضال
اذا طالت المدة فان القاضي يبيع الابق والعبد الضال اذا طالت المدة فان
القاضي يبيع الضال ولا يواجره ويواجر الضال ولا يبيعه ثلث لحاله الابق
تعريض له على الاباق وفي الاباق الاتلاف والقاضي ولايته لحفظ لا للاتلاف
بخلاف الضال فانه لا اباق غالبا فيبقى اجارته حفظا مال الغائب لانه ينفق
عليه من غلته ويصل الى المولى عين ماله قوله قال ومن رد الابق على مولاه من مسيرة
ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما وان رده لاقل من ذلك فله
بحسابه اى قال القدوري في مختصره وهذا الذي ذكره استحسان والقياس ان
لا يكون له شي الا بالشرط كما اذا رد بهيمة او عبدا ضالا وجه القياس انه
متبرع عليه بمنافعه فاذا تبرع من اعيانه فانه لا يرجع عليه كذا اذا تبرع بمنافعه
ولان رد الابق نهي عن المنكر والنهي عن المنكر فرض كلا يستوجب فاعل الفرض
جعلا ووجه الاستحسان ما روى محمد بن الحسن في اول كتاب جعل الابق عن
ابي حنيفة عن سعيد بن المرزبان عن ابي عمرو الشيباني قال كنت جالسا
عند عبد الله بن مسعود فجا رجل فقال ان فلانا جا بابق من الفيوم
فقال القوم لقد اصاب اجرا قال عبد الله وجعلا ان شا من كل راس اربعين
درهما وروى ابو يوسف هذا الحديث عن سعيد بنفسه ايضا كذا ذكره الحاكم
في الكافي وجه الاستدلال به ان عبد الله اثبت الجعل بحضرة الرواة ولو لم
يكن واجبا لكانت شبهة الرد فيعلمه كالعوض في الهبة لما لم يكن واجبا
كان متبرعا لا الموهوب له لا الواهب وهذا الحديث وان كان موقوفا
على عبد الله كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لوجهين احدهما ان الجعل
لا يجب بطريق القياس ولا يحرز العمل بخلاف القياس الا بالنص او الاجماع
فيحمل على السماع من رسول الله صلى الله عليه وسلم والثاني انه قدر الجعل باربعين
درهما ولا اهتدا للعقل في معرفة المقادير فانما طريقها السماع والتوقيف
فكانه قال كما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لصيانته عن الجزاف
والكذب وفي الحديث دليل على ان رد الابق مندوب اليه لانهم قالوا انه
اصاب اجرا اي ثوابا في الاخرة ولان حرمته مال المسلم كحرمة نفسه واحياء النفس

امر

٣٣٦

امر مندوب اليه فكذا احيا المال ونقول ان الصحابة اجمعت على اصل الوجوب
في الجعل وان اختلفوا في كميته قال عمر رضي الله عنه في جعل الابق دينارا او عشرة
دراهم وعمار بن مسعود اوجب اربعين درهما على ما سبق انفا عن عمار بن ياسر
انه قال ان رده في المصر فله عشرة وان رده في خارج المصر استحق اربعين
فكل من قال ان الجعل لا يجب فقد خالف الاجماع ثم جعلنا الاربعين على مسيرة
السفر وما فوقها وما دون الاربعين على ما دون مسيرة السفر توفيقا بين
الاقاويل المختلفة رحمه ولم ناخذ باقل لتيسير لامكان العمل بالاقل والاكثر جميعا
والقياس على الضالة والبهيمة ليس بصحيح لان القياس ان لا يجب في رد الابق
ولا انا تركنا القياس بالنص ولا نص في الضالة والبهيمة فوجب العمل بالقياس
فيهما وقال خواهرزاده في مبسوطه عن حماد عن ابراهيم انه كان يستحب ان
يرضخ لمن رد الابق شيئا حتى يرد الناس بعضهم بعضا قال مريد بقوله
يستحب اي يستحسن ايجاب الرضخ لان الجعل لا يجب قياسا ويجب استحسانا
المولى قوله فله عليه جعل اي فللراد على المولى جعل الابق والجعل ما يجعل للعامل على عمله
قوله لاقل من ذلك في بعض النسخ من اقل من ذلك اي من موضع اقل من مسيرة
ثلاثة ايام قوله وما دونها فيما دونه اي وصلنا ما دون الاربعين فيما
دون السفر قوله تلفيقا اي جمعا بين الروايات المتعارضة قوله ولان
الحاجة الى صيانة الضالة دون الحاجة الى صيانة الابق يعني ان الحاجة الى صيانة
الضالة لظاهره والابق يختفي فلما كان كذلك لم يكن الضالة في معناه ولم يجب
الجعل في الضالة لان الحكم اذا ثبت بخلاف القياس لا يثبت ذلك في غير
المنصوص الا اذا كان في معناه من كل وجه قوله ويقدر الرضخ في الرد فيما
دون السفر باصطلاحهما اي بتراضي الراد والمالك او يفوض الى القاضي فيقدر
الى الامام الثلاثة ادى اقل مدة السفر وهذا الذي ذكره تفسير لما ذكره
القدوري بقوله فان رده لاقل من ذلك فبحسابه قال في الشامل في قسم
المبسوط وان كان اقل من ذلك رضخ له في رواية وفي رواية بحساب ذلك
يعني ان الرضخ يقدر باصطلاحهما او برأي الامام او يقدره القاضي على حسب
ما يراه وذكر هذا هو الاشبه بالاعتبار وقال بعض مشايخنا يقسم الاربعون
على الايام الثلاثة فيجب بازاء كل يوم ثلثة عشر درهما وثلث درهم قال
في فتاوى الولوالجي وان كان الحمل لا يجئ من يحلبه الثلاث في الحمل عليهما
على قدر الانصباء لان منفعة الرد حصلت لهما اثلاثا فيكون الجعل عليهما
اثلاثا وكذلك فيها اشتراها رجل فقال لرجل ان تعينه ثلثاي فان نصيبه
بعده قال الفقير فاصابه الماخوذ به على مسيرة ثلاثة ايام ورده الى مولاه
فلا جعل له لانه استعان به فهذه الاعانة منه فان رضخ فان له ثلاث
من ماله اذا اعطاه فيما بين كثير والاسم الرضخ فان اعطاه رضخه من ماله
ويحتاجه كذا ذكره ابو زيد قوله قال وان كانت قيمته اقل من اربعين
يقضي له بقيمته الا درهما اي قال القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد

في الكافي ولو جاء الرجل بالآبق من مسيرة ثلاثة ايام وهو لا يساوي اربعين درهما
فله الجعل اقل من قيمته بدرهم في قول محمد وهو قول ابي يوسف الاول
وقال ابو يوسف بعد ذلك له الجعل تاما وكذلك ذكر الحلاوي شيخ الاسلام خواهر
زاده في مبسوطه وشمس الائمة السرخسي في الشامل وكلاهما لم
يذكر قول ابي حنيفة وذكر في شرح الطحاوي قوله مع محمد فقال ولو كان العبد
لا يساوي اربعين او دونها فانها ينقص من قيمته درهم واحد عند ابي حنيفة
ومحمد وهو قول ابي يوسف الاول ثم رجع فقال يجب الجعل اربعون درهما
وان كانت قيمته درهما واحدا وكذلك ذكر الطحاوي في مختصره ايضا وجه
قول ابي يوسف رحمه الله ان الجعل واجب بخلاف القياس بالاثر ولا يفصل
فيه بين ما اذا كان الآبق قليل القيمة او كثير القيمة فلا ينقص عن تقدير
الشرع لهما ان الجعل انما وجب للراد نظرا الى المالك حتى يحمله
بالرد حسبانه ان الراد يحتاج الى المعونة في الرد فلا يرغب الانسان في التزام
المؤنة مجانا حسبة لله تعالى فاوجب الجعل ترغيبا للراد على الرد فكان
المقصود من الجعل النظر للمالك فلو حصل النظر له في ايجاب الاربعين
له ينبغي ان ينقص منه لانه لا يسلم له شيء من مالية العبد فلا جرم يحط من قيمة العبد
درهم ليكون النظر لمولاه في الجعل قوله مختلفا للتاسعة وهو حاصل ملكه المالك
قوله وام الولد والمدبر في هذا بمنزلة القن اذا كان الرد في حياة المولى هو
منصوص في الاصل ذكرها تخريجا لمسئلة القدوري وذلك لانهما مملوكان قبل
موت المولى ولهذا كان للمولى حق بكسبهما فكان ردهما كرد القن فوجب
الجعل لاحياء ماليتهما بالرد فلو ردهما بعد موت المولى لا يجب الجعل لانهما عتقا
بموت المولى فلا جعل في رد الحر وهذا في ام الولد ظاهر وكذا في المدبر
عندهما سواء خرج من الثلث ام لم يخرج لانه حر مديون عندهما اذا وجبت
السعاية واما عند ابي حنيفة اذا خرج من الثلث فلا جعل فيه لانه حر وهذا
ظاهر ايضا واذا لم يخرج من الثلث فلا جعل فيه ايضا لان المستسعى
كالمكاتب عنده ولا جعل في رد المكاتب لان المولى لم يستفد بالرد ملكا في المكاتب
ولا استغنا دينه بالكتابة فكان بمنزلة ما لو رد عبدا له وذلك لا يستحق جعله
فكذلك هذا قوله ولو كان الراد ابا المولى او ابنه وهو في عياله او احد الزوجين
على الآخر فلا جعل لان هولاء يتبرعون بالرد عادة فلا شيء لهم ولم الجعل والكلام
وهذا من مسائل الاصل ذكرها تخريجا لمسئلة القدوري لانه اراد باطلاق
الكتاب ما ذكره القدوري بقوله ومن رد الآبق على مولاه من مسيرة
ثلاثة ايام فصاعدا فله عليه جعله اربعون درهما قال في شرح الطحاوي
ولو كان الراد ذا رحم محرم من المردود عليه فانه ينظر ان وجد الراد عبد
ابيه فلا جعل له في عياله او لم يكن وكذلك المراة والزوج وان وجد الاب
عبد ابنه ان لم يكن في عياله فله الجعل وان كان في عياله فلا جعل له وكذلك
الاخ وسائر ذوي الارحام اذا وجد عبد اخيه ان كان في عياله فلا جعل له وان لم يكن

في عياله فانه يستحق الجعل قياسا واستحسانا لان الراد بايع من وجه
واجير من وجه اي وبكل اعتبار يجب الجعل لانه لو باع شيئا من غيره
استحق الثمن ولو عمل له باجارة استحق الاجر وان كان في عياله لا يجب
الجعل قياسا لهذا المعنى وفي الاستحسان لا يجب لان الرد حصل بطريق
التبرع عرفا وعادة فان المعروف فيما بين الناس ان من ابق عبده
فانما يطلبه من كان في عياله ويرده فيما يكون بطريق التبرع فلا يجب
الجعل وكذا اذا ابق عرفا لان الثابت عرفا كالثابت نصا فكذا في
ماله اذا لم يكن في عياله لان التبرع لم يوجد لا نصا ولا عرفا فاما اذا كان
الراد زوجا فعلى القياس والاستحسان وجه القياس انه بايع واجير
ووجه الاستحسان ان الزوج يطلب عبد امراته الا انه متبرع بالثابت
عرفا كالثابت نصا واما اذا ردت المراة عبد زوجها فلا يستحق
الزوج الجعل استحسانا لثلاثة اوجه احدها ان المراة ترد عبد زوجها
تبرعا عرفا والثاني انها في عيال الزوج والثالث ان رد الآبق من الخدمة
والمراة لا تستحق بدل الخدمة على الزوج فان كان الراد ولدا فلا جعل له
اصلا اما اذا كان في عيال الاب فللمعنى الذي ذكر في سائر الاقارب
واما اذا لم يكن في عياله فلا جعل له ايضا بخلاف سائر الاقارب
حيث يجب لهم الجعل اذا لم يكونوا في عيال المولى وجه الفرق ان
الراد بايع من وجه واجير من وجه فعلى الاول يستحق الابن الجعل
وعلى الثاني لا يستحق الابن الجعل بدل الخدمة فان استاجر الاب ابنه
لخدمته لم يجب الاجر فكذا هذا فاذا وجب من وجه ولم يجب من وجه
لم يجب بالشك فاما اذا كان الجعل بدل الخدمة لانه يستحق على رد الآبق
ورده نوع من الخدمة عرفا ولان العبد كان يخدمه الخدمة وتفويتها
بالاباق فاعادها الراد فصار كان الجعل بدل الخدمة من هذا
الوجه والابن لا يستحق على ابيه بدل الخدمة بالشرط فكذا بالشرع بخلاف
الاب اذا لم يكن في عيال المولى فانه يستحق الجعل سواء اعتبرناه بايعا
او اجيرا على الاول فظاهر لانه لو باع شيئا من ابنه استحق الثمن
وكذا على الثاني فانه لو استاجره ابنه للخدمة كان للاب ان يفسخ
ذلك وان خدمه استحق الاجر فلما استحق بدل الخدمة بالشرط استحق
بالشرع ايضا وكذلك سائر الاقارب اذا لم يكونوا في عياله فلهم الجعل
باعتبار الاقربين وهذا حاصل ما ذكره خواهر زاده وقال
في الشامل في قسم المبسوط رد الوصي عبد اليتيم او من كان في حجره لا جعل
له لانهم يحفظون مال اليتيم وانه من الحفظ قوله وهو في عياله
اي الراد في عيال المولى قوله فان ابق من الذي رده فلا شيء
عليه اي قال القدوري في مختصره وقال في بعض نسخ المختصر
فلا شيء له مكان ولا شيء عليه وهي النسخ الصحيحة ذكره في شرح حسن الله ذلك

لان الجعل يستحق بالرد لان الجعل يستحق بالرد الى المولى ولم يوجد ولك
ولان الراد بمعنى البائع من المولى لان العبد بالاباق كالهالك فانه فائت
عن المولى وانما استفاد ذلك بالرد فكان يجب عليه ولهذا كانت للراد حبسه
بالجعل كالبائع حقيقة وكالملتقط اذا انفق على العبد باذن القاضي
يكون له الحبس بالنفقة لانه كالبائع لانه من حيث الاحياء وجهت
احياه بالانفاق فلما كان الراد كالبائع والبائع اذا هلك في يده المبيع
او ابق سقط الثمن فكذلك هنا يسقط الجعل حتى نزله ثلاثي عليه لكن لما
لا يجب الضمان عليه اذا اشهد كان اللقطة الاشكال الى ... الحاكم
الشهيد رحمه الله في الكافي وان مات عنده قبل ان يرده او ابق منه
فان كان اشهد حين اخذه انما ياخذه ليرده على صاحبه فلا ضمان عليه وان
كان حين اخذه لم يشهد على ذلك فهو ضامن لقيمته في قول ابي حنيفة
ومحمد وابي يوسف لا ضمان عليه اشهد او لم يشهد اذا علم انه كان ابقا
وان لم يكن عليه الضمان بالاشهاد لانه امانة في يده فهو ما دون في
الاخذ شرعا قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه امانة في يده قوله
ولو اعتقه المولى كما لقيه صار قابضا بالاعتاق وهذه من مسائل الاصل
ذكرها في شرح التقريب وهذا لان الراد بمنزلة البائع والمولى
بمنزلة المشتري ومن اشترى عبدا فاعتقه قبل القبض يعتقه يصير قابضا
فيجب الجعل بخلاف ما اذا باعه من الراد لان البيع لا يتم الا
قبل القبض فلم يصر قابضا فلا يجب الجعل لانه لم يحصل بعد الرد في المردود
عليه شيء بعد رجوعه قابضا بعد ملك بالبيع قبل التسليم فلا يستحق
حصلا ولو دبره المولى حين لقيه لا يكون قابضا بخلاف الاعتاق
والفرق ان الاعتاق اتلاف للمالية فيصير المشتري به قابضا والتدبير
ليس مالا يتلف المالية ولم يكن به قابضا قبل الوصول قال في خلاصة
الفتاوى يعني بخلاف التدبير قوله وكذا اذا باعه من الراد ذكرها
في شرح الطحاوي اعلم ان بيع الابق من غير الراد لا يجوز لانه غرر
والنبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر اما اذا باعه من الراد جاز
ذلك ووجب الجعل صرح بها هنا وفي مبسوطه وذلك لانه على
المالك بدل الابق وهو الثمن وسلامة البدل كسلامة المبدل
فيجب الجعل قوله والرد وان كان له حكم البيع لانه يشبه من وجه فلا
يدخل تحت النهي الوارد عن بيع ما لم يقبض وهذا جواب سؤال مقدر
يرد على قوله لانه في معنى البيع بان يقال لما كان الراد في معنى
البائع وكان المالك في معنى المشتري فعلى هذا ينبغي ان لا يجوز بيع
من الراد قبل القبض لوروده النهي عن بيع المشتري قبل القبض فقال

في حوالة

في حوالة نظرا انه في معنى البائع وللرد حكم المبيع لكن ليس بيع من كل وجه
بل من وجه من حيث اعاد ملك التصرف اليه وهذا لان ملك الرقبة ليس
بزائل عن المولى فلما كان كذلك جاز بيع المالك من الراد قبل القبض لانه
لم يتناول النهي الوارد في بيع ما لم يقبض لان النهي ورد مطلقا والمطلق
يتناول الكامل فالبيع لعدم دخوله تحت النهي واشتراط جواز البيع
قبل القبض ليس من خصائص البيع لا محالة فان بيع الجعل قبل القبض
على قول ابي حنيفة وابي يوسف جائز وانما قيد بقوله وكذا اذا باعه
احترازا عن الهبة لان الهبة من الراد لا يوجب الجعل اذا كانت قبل القبض
لانه لم يتم الرد الى المولى قبل القبض بخلاف البيع قبل القبض فان وصوله
بدله لو كان عينه قال في خلاصة الفتاوى لو وهب المولى الابق من الراد
ان قبضه ثم وهبه وجب الجعل وان وهبه منه قبل القبض لا يجب الجعل
قوله ويشهد اذا اخذه ان يشهد انه ياخذه ليرده اي قال القدوري في
مختصره قال صاحب الهداية فالاشهاد حتم فيه عليه اي وجوب الاخذ
الابق على الراد وفائدته انه لا يجب الجعل عند ابي حنيفة ومحمد اذا لم
يوجد الاشهاد عند الاخذ لان الظاهر انه اخذه لنفسه فصار كالمشتري
من الاخذ اذا رده على مولاه لا جعل له لانه اخذه لنفسه الا اذا اشهد حين
اشتراه انه انما اشتراه ليرده على صاحبه لانه لا يقدر عليه الا بالشراء فله
الجعل لان هذا الشراء لا يعد تملكا وكان كالاخذ بدون الشراء ولو اخذه
بعد الشراء ولم يشهد لا يستحق الجعل وان اشهد استحق وكذا اذا
وكذا اذا اتهبه الاخذ او عطيه ثم رده المعوض على مولاه لم يرده
الاخذ او ورثه الوارث على مولاه واوصى للاخذ بالابق ثم اخذه
ورده الموصى له على مولاه فهو بمنزلة المعوض لا جعل للراد لانه لم ياخذه ليرده
بل اخذه لنفسه وهذا معنى قوله بخلاف ما اذا اشتراه من الاخذ او اتهبه
او ورثه وسائر الوجوه ذكرها الحاكم في الكافي فقال الحاكم فيه ولو
شهد شاهدان انه كان لحين اخذ هذا الابق اخذه ليرده طالبا
بالجعل له عليه فلا ضمان عليه وان انكر المولى ان يكون ابقا فالقول
قوله الا ان يشهد الشهود انه ابق من مولاه وان مولاه امره بحبسه
للجعل قوله وان كان الابق رهنا فالجعل على المرتهن وهي لفظة
القدوري في مختصره وذلك لان الاباق كالهلاك بعض من حفظ الرهن
به فاذا اعاده من الاباق ارتفع الهلاك بحاله فالرهن بحاله
لكان الرهن شاة فماتت فدبغ جلدها فان الرهن يعود بكذا هذا
فالجعل يجب على المرتهن لا على الراهن لان الثابت له من حيث
تبقية والرهن الابق انه يعود عليه بالدين فلما كان هو وما
لم يجب الجعل عليه فالرده الشعبة على حفظه فان وجد بان يكون
الدين بقدر قيمته او اكثر الراهن ولعده لان الرهن لا يملكه يوفي الراهن فكان الرد

بمؤونته دفعه سواء داعلانى يكون الجعل على المرتهن اذا كانت قيمة الآبق مثل
الدين او اقل اما اذا كانت اكثر فبقدر حصة الدين على المرتهن وحصة الامانة على
الراهن لان حق المرتهن بالقدر المضمون لا غير فيجب عليه الجعل بقدره وكذا من
المستاجر يجب عليه اى على المرتهن بقدر دينه والباقى على الراهن كتخليص
العبد المرهون عن الجناية بالفدا يجب على المرتهن بقدر دينه والباقى على الراهن
وتخليص له وحصة الزائد على الراهن كذلك الجعل قال خواهر زاده فى
مبسوطه للذى جاء به ان يمسك العبد حتى يعطيه المرتهن الجعل لانه استحقه فيه ولو
لم يعطه على الراهن كان له حق الحبس فكذا هذا وذلك لانه يستحق بها لما فى اثا بل
قوله وان كان مديونا فعلى المولى ان اختار قضا الدين اى فالجعل على المولى وهذه
من مسائل الاصل ذكرها تفريعا لمسئلة المتفرق يعنى اذا كان العبد الابق ماذونا له فى التجارة
مديونا فيفدى رده انسان من مسيرة السفر فان المولى استقضا العبد على ملكه فالجعل
عليه وان ابا ان يفديه بالدين فالجعل فى الثمن يباع على العبد فيستوفى منه
الجعل والباقى للغرماء لان الجعل مؤونة من مؤن الملك وملك المولى فى العبد
بلحوق الدين صار كالموقوف بين ان يستقر على المولى حتى اذا اختار البيع
فلما توقف الملك فى العبد توقف مؤونة الملك وهو الجعل كذا قال خواهر زاده
فى مبسوطه **قوله** وان كان جانيا فعلى الاخر اى ان كان الابق جانيا ذكر هذه
المسئلة تفريعا لمسئلة القدورى وهى من مسائل الاصل اعلم ان العبد اذا جنى
جناية خطا فابق من المولى فاخذه رجل وجاء به فلم يعلم شيئا حتى ابق فرده من مسيرة
السفر فالجعل على المولى ان اختار الفدا لان منفعة الرد حصلت له فكان الجعل عليه
وان اختار الدفع فعلى اولياء الجناية لان منفعة الرد حصلت لهم فكان الجعل
عليهم وذلك لان حقهم سقط بالاباق لانهم كانوا لا يستحقون على المولى شيئا
بعد اباقه فحصلت منفعة الرد لهم فكانوا كالمرتهن حيث كان حقه ساقطا
بالاباق فعاد بالرد فكذا هنا انا نقول ينبغى ان لا يجب الجعل على المولى
اذا اختار الفدا لانه سلم له بعوض كالراهن لا يجب وان سلم له العبد
بعوض قلنا الدين لانه سلم بعوض فله لا نسلم ان العبد سلم المولى فى مسئلتنا
بعوض الا ترى ان الواجب عليه كان احد الشيئين اما الدفع او
الفدا فاذا اختار الفدا كان هو الواجب من الاصل فلما كان واجبا
من الاصل لم يكن بدلا عن العبد فيكون العبد سالما له من غير عوض بخلاف
الراهن فان العبد سلم له بعوض لانه كان مضمونا بالدين فاليد كالعوض
عنه وفرق محمد رحمه الله تعالى بين ما اذا رجع الواهب فى الهبة بعدما رد
الجعل على من له الملك وقت الرد لا على من صار له بعد العود وفى مسئلة الجناية
لم يكن الملك لاولياء الجناية وقت الرد لانه حدث لهم الملك بعد الرد وجه

الفرق

الفرق ان منفعة الرد حصلت لاولياء الجناية بمجرد الرد لانهم يستحقون عين
العبد او بدله بجنسه على وجه لا يملك المولى الا بطالة اصلا بتصرف يحدثه
فاذا حصل لهم منفعة الرد بنفس الرد وهى اما الفدا واما الدفع وجب عليهم
الجعل كما فى المرتهن بخلاف منفعة الرد فى الهبة متى رجع الواهب فان المنفعة
ليست بمضافة الى رد الراد الا ترى ان الموهوب له لو تصرف فى العبد تصرفا
يزيل الملك كالهبة والبيع ما كان متهيئا للواهب الرجوع فاذا كان كذلك
كان منفعة الواهب مضافة الى ترك الموهوب له التصرف لا الى رد الراد
فلم يجب الجعل على الموهوب له الثانى وكذا لا يجب على الواهب الراجع لانه
كالموهوب له الثانى ولئن قال منفعة الرد حصلت للواهب بالرد وبترك
التصرف جميعا فيجب عليه الجعل قلنا لا نسلم ولئن سلمنا لكن نقول
اذا كانت منفعة الرد بهما جميعا لا يكون المنفعة بالرد وحده لان جزء العلة
ليس بعلة فاذا كانت مضافة اليه يلزم ان يكون الحكم مضافا الى ما هو علة
لان العلة هى المجموع لا البعض ثم رده ولد ذكر خواهر زاده فى
مبسوطه قال لا يجب الجعل على احد لا على ولى القصاص ولا على المولى اما على
المولى فلان منفعة الرد لم تحصل له بالرد حتى قتل العبد وان لم يقتل وعفى عنه
ولى القصاص فالمنفعة للمولى بقاء العفو لا الى رد الراد ولا يجب على ولى
القصاص ايضا لانه لم يحصل له شئ وان قتل ولم يعف فانا نسلم
له الدم لا المال اليه والدم ليس بمال والجعل انما يجب باعتبار رد المال اليه
حتى لو كان عبدا لم يجب **قوله** تعودها اليه اى تعود المنفعة الى اولياء الجناية
قوله وان كان موهوبا اى ان كان العبد الابق موهوبا ذكر هذه المسئلة
تفريعا لمسئلة القدورى وقد مر بيانه ثم قيل هنا الاستثناء **قوله** وان كان
لصبى فالجعل فى ماله لانه مؤونة ملكه وهذه من مسائل الشافى ذكرها
تفريعا لمسئلة القدورى قال الولوالجى فى فتاواه اذا كان الابق لصبى
فالجعل فى ماله لان الراد بايع لو اخبر ولى ذلك اعتبر عقد الصبى
وعن الجعل الرد من وجه من حيث ان ذلك التصرف كان راسه
فعاد اليه فاشبه من جهة الراد بيدل استوجب عليه ويعنى جعله اجارة
من وجه من حيث انه يستحق الجعل بعمل بدنه قال خواهر زاده فى مبسوطه
عمم اليتيم ابق فرده الوصى لانه لا يحصل له لانه من جملة الحفظ وحفظ مال
اليتيم مستحق عليه لا يستحق الاجر عليه بالشرط فكذا ما الشرع قال وكذلك
اليتيم فى حجر رجل يعوله فابق عبده فاخذه الرجل قال ليس له جعل لان الرد
حصل على سبيل التبرع لان عامل اليتيم يتطوع عليه متبرعا عرفا والثابت
عرفا كالثابت نصا هذا حاصل ما ذكره وفى الكتاب مسئلة ذكرها الحاكم
الشهيد فى الكافى الامة ولها ولد صغير رضيع فردهما رجل كان له جعل واحد
فان كانت اسنها علاقا نبذ فان دون الحلم كان له جعل ثمانون درهما على قول الشافعى
وقال لان من لم يراهق لم يعتبر ابقا والله اعلم كتاب المفقود المفقود هو الذى

غائب ولم يعرف انه حي او ميت بانقطاع خبره قوله اذا غاب الرجل ولم يعرف
له موضع ولا يعلم احي هو ام ميت نصب القاضي من يحفظ ماله ويقوم عليه
ويستوفي حقه وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل هنا ان القاضي نصب
ناظرا في امر عاجز والمفقود عاجز عن النظام بذلك فاشبه الصبي والمجنون قال
الحاكم الشهيد في الكافي وان طلب ولده وزوجته من القاضي ان ينصب وكيلا
في خصومة وجمع غلات المفقود ويحفظ ذلك من امور وجعله القاضي وكان للوكيل
ان يقبض غلاته ويبيع ما يخاف من يجحد حقا من يعقد عليه ومن هذا الوكيل
فاما كل دين كان المفقود تولاه او مضيت كان له في ضياع او عرض ويبيع
يحل او حق من الحقوق فان الوكيل لا يخاصم فيه من يجحده الا ان يكون القاضي
تقدم له ذلك وراء امضي الخصومة فيه فيجوز حينئذ لانه مما اختلف
فيه الفقهاء انتهى لفظ الحاكم رحمه الله قال في خلاصة الفتاوى ذكر الامام
السرخسي هنا انما يمكن ان القاضي هل يقضي على الغائب وهل يجب وكيلا
على الغائب نفذ بالاجماع هكذا ذكر في الزيادات في آخر ابواب الدعوى
انه ينفذ فان قيل المجتهد نفس القضاء يحتمل ان يتوقف على امضا قاض
آخر قلنا لا بل المجتهد سبب القضاء وهو البينة هل تكون حجة من غير خصم
حاضر للقاضي ام لا فاذا رآها القاضي حجة وقضى بها نفذ كما لو قضى بشهادة
المحدود في القذف ثم قال صاحب الخلاصة والفتوى على هذا وقيل الاستروشني
في فصوله على فتاوى ظهير الدين ان نفس القضاء مختلف فيتوقف على امضا قاض
آخر كما لو كان القاضي محدودا في القذف قوله والمفقود بمنزلة الصغير اي هو
عاجز عن النظر لنفسه قوله وصار كالصبي اي صار المفقود كالصبي قوله اي مال
المفقود قوله والقائم عليه اي على مال المفقود قوله بعد غيبته اي بعد غيبة القائم
الذي نصب القاضي في حقوقه اي في حقوق الغيبة قوله ولا يخاصم في الذي
تولاه المفقود بعقده انه لا يقبل البينة عليه لانه ليس بمالك ولا نائب عن المفقود وانه
قضاء على الغائب قوله لانه اي لان القائم عنه اي عن المفقود وانما نصب
المفقود في حفظ ان يكون العقار بيده ويحفظه بنفسه كما قوله واما الخلاف
في الوكيل القبض من جهة المالك في الدين سيجئ ان الوكيل بقبض الدين من
جهة المالك في الدين بعقد الخصومة خلافا لصاحبيه قوله واذا كان كذلك
يتضمن الحكم به قضاء على الغائب اي لما كان الوكيل بالقبض من جهة القاضي
لا يملك الخصومة يتضمن حكم القاضي بعد ذلك قضاء على الغائب وذلك
لا يجوز الا اذا رأى ذلك القاضي مصلحة فحكم بانفاد الخصومة جاز لانه موضع
محل اجتهاد فيه قال ابو الليث في فتاواه ولو ادعى انسان على المفقود ان عليه
حقا من دين او وديعة او شركة في عقار او رقيق او رد بعيب او مطالبة لا يلتفت
القاضي الى دعواه لان الدعوى انما تسمع على الخصم والورثة لا يصيرون
خصما بعد موت المورث ولم يظهر موته فان رأى القاضي سماع البينة وحكم
بذلك نفذ حكمه لانه مجتهد فيه وهذا لفظه رحمه الله قوله ثم ما كان يخاف عليه

الفساد

من يحفظ ماله الذي تركه
في وطنه ويبيع ... ولا يحفظ
ماله ويستوفي حقه نظرا له
كانه عاجز عن ...

الفساد يبيعه القاضي وهذه من مسائل المبسوط ذكرها تفريعا لمسئلة القدوري
ونص في شرح الطحاوي بالثمار ونحوها والاصل هنا ان القاضي له ولاية الحفظ
في مال الغائب نظرا له لانه عاجز عن الحفظ بنفسه ثم اذا لم يبع ما يتسارع
اليه الفساد يكون تاركا للحفظ صورة ومعنى فاذا باع كان تاركا للحفظ
صورة لا معنى لان المالية باقية يحفظ الثمن والحفظ من وجه اولى من ترك
الحفظ من وجه ولا يبيع ما لا يتسارع اليه الفساد في نفقة ولا غيرها منقولا كان
او عقارا بذلك صرح خواهر زاده في مبسوطه وذلك لان القاضي له ولاية الحفظ
في مال الغائب لا يعرف ذلك الا كان الحفظ صورة ومعنى ثم اجاز ترك الحفظ
صورة بالتغيير اي معنى ثم اذا باع ما يتسارع اليه الفساد فيبقى منه على زوجة
وولده بمن عليه نفقته الحاكم في الكافي وذلك لانه لعانه على استيفا صاحب
الحق حقه وليس قضاء على الغائب ولذكره بعد هذا ان شاء الله تعالى في
اما الذي رسوا اذا ارادوا ان يبيعوا اما للغائب لحاجتهم الى النفقة منفي
العقار لا يجوز بالاتفاق وفي المنقول اذا لم يكن من يخدمهم نحو الخادم
وغير ذلك لا يجوز لغير الاب الا بالاتفاق وفي الاب اختلاف قال ابو حنيفة
يجوز ان يبيع منقول ابنه الكبير اذا كان غائبا لحاجة النفقة خلافا
لصاحبيه واذا كان ما جاز الا يجوز للاب بيع منقوله الاتفاق وجه قولهما
ان ولاية الاب عن عقد قاطع لولاية الاب فلا يجوز بيع المنقول كالعقار ووجه
قول ابي حنيفة رحمه الله تعالى ان الاب له فضل مرتبة على سائر الاقارب
ولهذا استحق النفقة بمجرد الحاجة وغيره من الاقارب يستحقونها بالحاجة
والعجز عن الكسب فاذا كان له فضل مرتبة جاز له بيع المنقول حفظا للحاجة
لان المنقول وان كان لا يتسارع اليه الفساد يخاف عليه الهلاك بخلاف
العقار فانه لا يخاف عليه الهلاك فلم يصل مرتبة الاب الى ملك جارية
الابن لحاجة الاستيلاد ولم يثبت ذلك لسائر الاقارب فلا يلزم الام حيث
لا يجوز لها بيع منقول الابن لحاجة النفقة لانها تستحق النفقة بالحاجة والكسب
معا لانها حلقت في الاصل عاجزة عن الكسب لضعف العجز بينهما ولهذا انفقه
للبنت بعد البلوغ والحقته بالعجز الحاجة ثم قال في الكتاب فان لم يترك
ويحفظ له بيعه في ذلك كله ولا اجره الا بقضاء قاض فاذا قضى القاضي جاز ان
يقضي في نفسه لمجتهد بتنفيذ قضاء من عندهم كذا ذكره خواهر زاده في مبسوطه
قوله قال وينفق على زوجته واولاده من ماله هكذا قال القدوري في مختصره وهذه
ما قال الحاكم الشهيد في الكافي من كان من ورثة المفقود غنيا فلا نفقة له في ماله
خلا الزوجة وان كانت لها غلة جعل القاضي عليها من يحفظها ويقبضها
وما كان يخاف عليه الفساد من متاعه فان القاضي يبيعه وينفق على زوجته وولده
منه ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد في نفقة ولا غيرها فان لم يكن له مال الا الدار

واحتاج ولده وزوجته الى النفقة لم يبع لهم الدار وكذلك لو كان له خادم فان
كان له دراهم او دنانير او تبر انفق منه عليهم وكذلك الوديعة تكون له عند
رجل فانه ينفق عليهم منها وكذلك الدين يكون له على الرجل وهو مقر به استحسانا
وان اعطاهم شيئا بغير امر القاضي لم يبرأ وكذلك اذا اطعمهم من الوديعة ضمنه
فان كان الذي عليه الدين جاحدا فلا ينتصب احد من الزوجة والولد والابوين
خصما في تثبيته عليه الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله تعالى والاصل ان كل من
يستحق النفقة في مال المفقود حضرته بغير قضاء القاضي كالابوين والاولاد
ذكورا كانوا او اناثا والاولاد الكبار من الاناث والزمنى من الذكور
والكبار فالقاضي ينفق عليهم من مال المفقود اصله قوله عليه السلام لهند
امرأة ابي سفيان خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك فان كان
لم ياخذها بلا قضاء كان للقاضي اعانته على ذلك ولا يكون ذلك قضاء على الغائب
وهذا لان للقاضي ان يعين صاحب الحق على استيفاء حقه حال غيبته كما
لو ظفر بجنس الحق فانه يعينه الدين من مال الغائب والاجداد بمنزلة الاولاد
لشمول معنى الولادة فكل من لا يستحق النفقة حال الحضرة الا بقضاء
القاضي فالقاضي لا ينفق عليه من مال المفقود كالاخ والاخت والخال
والخالة لانه من لم يستحق حال الحضرة كان انفاق القاضي حال الغيبة قضاء
على الغائب بالايجاب ابتداء وذلك لا يجوز الا انه اذا كان حيا وجب على
الغائب والفرق بين قرابة الولاد وغيرهم من سائر المحارم حيث استحق
الاولون النفقة بلا قضاء ولم يستحق الاخرون بلا قضاء ان قرابة الولاد
في النفقة اكد من حق غيرهم لانهم يستحقون النفقة بالقرابة المحرمة للنكاح
والولاد وغيرهم بالقرابة المحرمة لا بالولاد فلما ظهر لهم فضل مزية في
استحقاق النفقة بلا قضاء بخلاف قرابة الاخوة والاخوات وسائر المحارم
واما الزوجة فحقها في النفقة اكد ايضا من قرابة غير الولاد ولهذا استحق
النفقة وان كانت غنية والتحقيق هنا ان يقال ان نفقة الزوجة عوض
من وجه من حيث انها لا تستحق النفقة الا بالعمل بنفسها وهو احتباس
ينتفع به الزوج فكانت النفقة عوضا من هذا الوجه وصلة من وجه من
حيث انها في الاحتباس عاملة لنفسها حيث توفي ما استحق الزوج عليها
بعقد النكاح والانسان في ايفاء ما عليه عامل لنفسه من هذا الوجه كانت
صلة فلما كان عوضا من وجه صلة من وجه كان اكد من صلة من كل وجه قال
خواهرزاده في مبسوطه وان استوثق منهم بكفيل يحسن لجواز انهم اخذوا
نفقتهم هذه المدة من المفقود مرة فياخذ منهم كفيلا حتى اذا حضر المفقود
واثبت انه دفع اليهم نفقة هذه المدة مرة ولم يقدر عليهم اخذ من الكفيل
وان ابوا ضمنهم قالوا والتضمين لا يجب لانه لا يلزمهم بلا شرط لانهم
متى كانوا اخذوها مرة كان الثاني محرما عليهم لكن ما قلنا نوع ما بيناه
وهو انهم ربما لا يصدقون بحرمة الضمان عليهم فيشترط ذلك حتى يعلموا فيمتنعوا

من

من الاخذ مرة اخرى هذا حاصل ما قاله فان كانت الورثة كلهم كبارا منهم
ولا امرأة وكانوا اخوة من الرجال والنساء او بني عم لم ينفق عليهم من ماله لانهم
لا يستحقون النفقة حال حضرة المفقود وكذلك حال غيبته والعمات من
الذكور والاناث انما ينفق عليهم القاضي اذا كانوا محتاجين كما اذا كان المفقود
حاضرا بخلاف الزوجة حيث ينفق عليها وان كانت غنية وهذا الذي ذكرناه
من حكم الانفاق فيما اذا كان مال المفقود دراهم او دنانير اما العروض
فلا يبيع من ذلك الا ما يخشى عليه الفساد ولان للقاضي ولاية في حفظ مال
الغائب فكان بيعه لاجل الحفظ فاذا باع والثمن من جنس حقهم كان له ولكان
ينفق عليهم منه وكذلك لان حقهم الملبوس والمطعوم فاذا كان في ماله ملبوس
او مطعوم يحتاج الى النفقة عليهم دفع النفقة دراهم او دنانير وكان من جنس
حقهم وكذا التبر لانه مما يصلح قيمته كالدراهم والدنانير فلو اخذ جنس
حقهم فللقاضي اعانته في ذلك وما هو عقيدته وانفق عليهم مما ذكرنا
من انفاق القاضي فان كانت الدراهم والدنانير اذا كانت في يد القاضي فان
كانت الدراهم والدنانير وديعة عند رجل مقر بها او دينا عند رجل مقر به
فللقاضي ان ينفق منها اذا كان النكاح والنسب ظاهرا عند القاضي واذا لم
يكن عند القاضي ظاهرا عنده فلا بد من اقرار ذي اليد من النكاح
والنسب وهذا هو الاستحسان وفي القياس لا ينفق عليهم من الوديعة
والدين خاصة بل في جميع اموال المفقود ما كان في يد الحاكم او في بيته ايضا
ان لا ينفق عليهم من ذلك ولكنه في الاستحسان ينفق عليهم الى هنا لفظ المفقود
وذلك لان النفقة صلة لا عوض فالصلة لا تملك قبل القبض فقبل القبض
قبل النفقة باقية على ملك المفقود فاذا اعطاهم النفقة من ماله كان ذلك قضاء
بما لم يملكه وليس حد القضاء الا الزام لشيء لا اثبات ما لم يجب
قياسا فكان قضاء على الغائب ولان المودع مامور بالحفظ الا الدفع الى
المرأة يحصل اليها الا بامر او لا استبدانه لحقها امره الشرع كما لو لم يكن وديعة
فلا ضرورة في الانفاق من الوديعة وجه الاستحسان ما روي في حديث
هند امرأة ابي سفيان انها جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت
له ان ابا سفيان رجل شحيح ولا يعطيني ما يكفيني وولدي فقال النبي صلى الله عليه
وسلم خذي من مال ابي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فثبت بهذا
جواز الانفاق من مال الغائب للزوجة والولد لان ابا سفيان كان غائبا
ولان الوديعة والدين مال المفقود ومن جنس حقهم فكان للقاضي ان ينفق
عليهم من ذلك ولا ينفق من ماله الذي في يد القاضي اعرضه ثم الحكم اذا ثبت
نصا بخلاف القياس لا يقاس عليه غيره فلا يجوز الانفاق من مال الغائب
على الاخوة والاخوات بخلاف الابوين لانهما في معنى الاولاد لشمول
معنى الولادة او نقول ثبوت جواز الانفاق على الاولاد دلالة لا اثباتا لان حق

اكتسب مع حق الولد فان الولد لا يستحق النفقة بمجرد الحاجة ما لم يكن عاجزا عن الكسب
والاب يستحق بمجرد الحاجة وان كان قادرا على الكسب قال جواهر زاده في مبسوطه
ولم يذكر في الكتاب يعني في المبسوط انه اذا كان للمفقود دين او وديعة ينفق
اولا من الوديعة ام من الدين ثم قال وذكر في الكبير ينفق من الوديعة
اولا لان القاضي نصب ناظرا والنظر للغائب في الانفاق من الوديعة اولا
لا من الدين لانه متى لم ينفق من الدين اولا ربما تهلك الوديعة في يد المودع
ويبقى الانفاق فاذا حضر الغائب لا يصل اليه لا الدين ولا الوديعة ومتى
انفق من الوديعة ان هلك المنفق والمكنة ينتفع بالدين لانه مال لا يرد عليه التوى
والتلف فان المقر من عليه الدين مفلسا كان الدين على حاله ولا يبرا
من ذلك لانه لو لم يدفع الدين الى صاحب الدين ولا الى نائبه فصار كما لو
دفع الى غير امر المفقود او الى اجنبي بخلاف ما اذا دفع بامر القاضي
لان للقاضي ان يقبض دين الغائب لما فيه من الحفظ فاذا كان له ان
يقبض كان له ان يامر غيره بالقبض فكان قبض هولاء بامر القاضي
كقبض القاضي فيبرا المديون عن الدين لانه نائب عن الغائب
فان قلت القاضي نائب عن الغائب في القبض للحفظ ولا حفظ في القبض
للانفاق على هولاء فينبغي ان لا يكون نائبا قلت القاضي نائب عن الغائب
في ايفاء ما عليه من الحقوق كما هو نائب عنه في الحفظ ولهذا جاز له ان يوفي
ما عليه من الدين ان ادعى وهو به بخلاف المودع فانه نائب في الحفظ
لا في الايفاء ولهذا اذا اعطى المودع بغير امر القاضي كان ضامنا لما انه لم
يحصل الدفع الى المالك او الى نائبه فصار كدفعه الوديعة الى الاجنبي فان قلت
ينبغي ان لا يضمن المودع لانه اذا دفع الوديعة الى من في عيال المودع
لا يضمن قلت انما لا يضمن بالدفع الى من في عياله اذا دفعها للحفظ فاما
دفعها اليه للانفاق على نفسه فهاهنا دفع للانفاق فيضمن اما اذا كان
المودع جاحدا للوديعة او من عليه الدين جاحدا للدين او جاحدا
الزوجية ونسب الولد لهما او الدين فاراد امراة المفقود او ولده او الوالدان
ان يقيم البينة لاثبات الولد او الوالدين او الزوجية او النسب لم تقبل
في ذلك لان الخصومة انما تتوجه من المالك او نائب المالك ولم يوجد لا هذا
ولا ذاك فلا تتوجه الخصومة اما عدم المالك فظاهر واما عدم النائب
لان الغائب لم يوكله حقيقة ولا يكون وكيلا حكما ايضا لان ما يدعي على
الغائب ليس بسبب لما يدعى على الحاضر [illegible] بها النفقة لا محالة
لان النفقة كما تجب له في مال اخر للمفقود فلم يكن خصما عن المفقود حكما
هذا سوق بحيث في كتاب ادب القاضي في القضا على الغائب لا يجوز الا اذا
حضر من يقوم مقامه بانابته او بانابة الشرع او يكون نائبا حكما قال
الولوالجي في فتاواه في دعوى النفقات من كتاب النكاح فان جحد المال
للغائب او النكاح او كلاهما لم تنتصب المراة خصما عنه في المال

تلافيها

تلافيها لا يثبت الملك للغائب وهي ليست بخصم في اثبات الملك للغائب وان انكر
النكاح فلانها لا تثبت النكاح على الغائب والمودع او المديون ليس بخصم في اثبات
النكاح على الغائب وهذا قول ابي حنيفة الاخر وهو قول محمد وكان ابو حنيفة
وابو يوسف يقولان اولا تقبل منها بينة على النكاح لكن قول ابي حنيفة الاول
تقضي بالنكاح وعلى قول ابي يوسف الاول لا يقضى قوله من الاولاد اي ممن يستحق
النفقة الا بالقضاء قوله وينفق من ماله اي قول القدوري وينفق على زوجته
واولاده من ماله المراد منه الدراهم والدنانير قوله لان حقهم اي قرابة
قوله [illegible] في مال لذي لم يكن فيه المطعوم او الملبوس في مال المفقود
قوله بالقيمة اي بقيمة المطعوم والملبوس قوله وهي النقدان اي القيمة الدراهم
والدنانير قوله والتبر بمنزلتها اي ما كان من الفضة والذهب غير مصوغ
بمنزلة النقدين في هذا الحكم اي في القضاء بالقيمة قوله وهذا اذا كانت في يد
القاضي اي الانفاق من مال المفقود على الزوجة وقرابة الولاد اذا كانت
الدراهم والدنانير في يد القاضي فان كانت وديعة او دينا فنقول وكذا
دينا قوله اذا لم يكونا ظاهرين اي الانفاق على الزوجة وقرابة الولاد باقرار
المودع والمديون بالوديعة والدين والنكاح والنسب اذا لم يكن هذه الاشيا
الاربعة ظاهرة عند القاضي فاما اذا كانت ظاهرة عنده فلا حاجة
الى الاقرار فان قيل التعليل قوله لم يكونا لانه جعل الوديعة
والدين شيئا واحدا والنكاح والنسب شيئا واحدا لان مستحق النفقة
هنا النفقة المراة وقرابة الولادة في المال الذي هو وديعة او دين
فباعتبار المال جعل الوديعة والدين شيئا واحدا وباعتبار المدعي جعل
النكاح والنسب شيئا واحدا يدل على هذا التاويل ما ذكره بقوله فان كان
احدهما ظاهرا الوديعة والدين او النكاح والنسب قوله الاقرار بالسلام

يشترط

وهذا اشارة الى انه اذا لم يكن الزوجية او النسب ظاهرة عند القاضي يشترط اقرار المودع
او المديون بان يقول هذه زوجة فلان المفقود او يقول هذا ابن فلان
المفقود وكذا اذا لم يكن العين او الوديعة ظاهرا عند القاضي يشترط
ان يقر به ان المال هذه [illegible] فلان المفقود او دين فلان المفقود قوله
هذا هو الصحيح اي الانفاق من الوديعة والدين على الزوجة وقرابة الولاد
هو الصحيح وهو وجه الاستحسان واحترز بقوله هو الصحيح عن جواب القياس
وهو قول زفر رحمه الله والوجهان قد بيناهما انفا قوله نائبا عنه اي عن
المفقود قوله وان كان المودع والمديون جاحدين اصلا او اقرا بهما
وجحدا الزوجية والنسب وكون المال الذي في يدهما للمفقود وبيانه
مر انفا قوله ولا يفرق بينه وبين امراته هذا لفظ القدوري في مختصره
وقال مالك اذا تربص اربع سنين ولم يعلم حال الزوج انه حي ام ميت
يرفع الامر الى القاضي فيفرق القاضي بينهما ثم اعتدت من زوجها وانقضت
عدتها تتزوج بزوج اخر شاءت فان جاء زوجها الاول فهو بالخيار

ان شا تركها على الثاني وان شا اخذ منه المهر وان شا فسخ نكاح الثاني وتزوجها كذا في
جواهر زاده وفي مبسوط شمس الائمة مالك عن يحيى بن سعيد عن عبد الرحمن بن ابي ليلى
انه قال انا الشاهد المفقود نفسه حدثني حديثه قال اكلت خزيرا في اهلي
فخرجت فاخذني نفر من الجن فكنت فيهم ثم بدا لهم في عتقي فاعتقوني
ثم اتوا بي قريبا من المدينة ثم قالوا اتعرف النخيل قلت نعم فخلوا عني فجئت
فاذا عمر بن الخطاب رضي الله عنه قد ابان امراتي بعد اربع سنين
وحاضت فانقضت عدتها وتزوجت فخيرني عمر رضي الله عنه بين ان
يردها الي وبين المهر فاخذ مالك بهذا فقال هذا لا يعرف قياسا فيحمل
على انه كالمروي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان الاخذ به اولى روي عن عمر
اولى ولان امراة المفقود تشبه امراة المولى من ان حقها في الجماع فات
بمضيه في الشهر كذلك حق امراة المولى في الجماع بمضيه وهو الايلاء
او تشبه امراة العنين من حيث ان حقها فات في الجماع من جهة الزوج بسبب
هو غير معذور لان العنة [illegible] كما ان امراة العنين فات حقها
في الجماع بعنة الزوج وهو [illegible] لها مدة الخلاص لتتمكن
الى حقها في الجماع اربع سنين اعتبارا بالتسعين [illegible] اعتبارا
الى حقها في الجماع بسبب الايلاء [illegible] الاربع من السنين اعتبارا [illegible]
العنة [illegible] اربع سنين [illegible] لان [illegible]
في الايلاء [illegible] لا تبلغ [illegible] كان العنة ولنا ما روى
علماؤنا في المبسوط عن المغيرة بن شعبة عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال في امراة المفقود انها امراته حتى ياتيها البيان وروي عن محمد
ابن الحسن في الاصل عن ابي حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علي بن ابي طالب
رضي الله عنه انه قال في امراة المفقود انها امراة ابتليت فلتصبر
حتى يستبين موت او طلاق ولان العنة لا توجب ازالة الملك [illegible]
الشمس فكان ما بعد اربع سنين كما قبل اربع سنين وحجة علمائنا [illegible]
على قول عمر من ثلثة اوجه احدها انه روي عن النبي صلى الله عليه وسلم والثاني
انه موافق للقياس والثالث انه روي عن عبد الرحمن بن ابي ليلى
ان عمر رضي الله عنه رجع عن ثلاث قضايا الى قول علي رضي الله عنه
في امراة ابي كنف وفي المفقود زوجها وفي المراة التي تزوجت في عدتها
[illegible] فكان ذلك اجماعا على قول علي رضي
الله عنه اما تشبيه امراة المفقود [illegible]
طلق امراته [illegible]
[illegible] فان عمر رضي الله عنه [illegible] فقال عمر رضي الله عنه
او وجدته [illegible]
الحق في هذه المسالة [illegible] عمر رضي الله عنه وعلماؤنا اخذوا بقول
علي رضي الله عنه فانه قال في الرجل يطلق امراته فيبلغها ثم راجعها ولا يبلغها انها

امراته

امراته [illegible] والمعنى في المسالة ان الثاني يتزوج منكوحة الغير
فيكون الاول احق بها [illegible] الاول وذلك لان رجعة الاول [illegible]
في [illegible] المراة منكوحة له كما كانت ولو لم [illegible] الطلاق [illegible]
[illegible] الاول احق بها اذا لم يدخل بها الثاني بالاجماع واما تشبيه المراة
التي [illegible] زوجها [illegible] عن ابراهيم عن علي رضي الله عنه انه قال
في المراة [illegible] زوجها فتتزوج [illegible] انها ترد الى زوجها الاول
ويفرق بينها وبين الاخر ولها المهر [illegible] ولا يقربها الزوج
الاول حتى تنقضي عدتها من الزوج الاخر [illegible] عمر رضي الله عنه [illegible]
زوجها الاول بالخيار ان شا اخذ [illegible] وان شا [illegible]
امراته والجواب [illegible] لانا نسلم ان امراة المفقود تشبه
امراة المولى وامراة العنين [illegible] لان الايلاء كان طلاقا [illegible]
[illegible] طلاقا [illegible] ولهذا [illegible]
[illegible] العنة [illegible] المراة في الجماع [illegible]
لان امراة العنة [illegible] يكون [illegible]
[illegible] سنة لا [illegible] المفقود [illegible]
[illegible] فاذا مضت سنة ولم [illegible] العنة [illegible]
لا يزول ابدا وهو الظاهر [illegible] امراة المفقود [illegible]
حقها في الجماع [illegible] لانه [illegible] بعد اربع سنين
كما [illegible] قبل [illegible] جواهر زاده وفي مبسوطه
قال [illegible] الكبد [illegible]
امراته وغاب عنها قوله استهواه اي ذهب به [illegible] استهواه الى المهالك
وهي المساقط والمهالك قوله اعتبارا بالايلاء والعنة [illegible]
[illegible] دليل مالك قوله اخذ [illegible] مالك [illegible]
الايلاء والعنة قوله وقول علي رضي الله عنه [illegible] قوله [illegible] قوله
[illegible] قوله عليه الصلاة والسلام حتى ياتيها البيان
قوله في الحديث المرفوع اي المرفوع الى النبي عليه السلام قوله [illegible]
[illegible] قوله قال [illegible]
سنة من يوم ولد حكمنا بموته اي قال [illegible] اعلم ان
المفقود اذا مضى مدة لا يعيش اكثر منها حكم بموته [illegible]
[illegible] ولكن في
تلك المدة اختلاف الروايات [illegible]
[illegible] الاصل [illegible]
من اهل [illegible] لانه [illegible]
[illegible] من بلده [illegible]
[illegible] لان الاعمار [illegible] وتختلف

باختلاف الاقاليم والبلدان حتى قالوا السبيل فيه النظر الى اعمار اهل الروم
فاذا كانت الاعمار مما تتفاوت بتفاوت الاماكن يعتبر اقرانه في السن
من اهل بلده لا من جميع البلدان اما ان يقال على مثل او نحو ذلك معظم
الذي ذكره المصنف من تقدير المدة بمائة وعشرين سنة هو رواية الحسن
عن ابي حنيفة وفي رواية عند ابي يوسف ايضا بمائة سنة كذا في الشامل
وشرح الطحاوي وفي رواية عنه مائة وخمس سنين كذا ذكره الامام
سراج الدين في فرائضه عن بعضهم يعني انه مائة سنة كذا في التحفة لان اعمار
اهل زماننا قصرت وحكاية ما ينتهي اليه عمر الانسان مائة سنة والحياة
بعدها نادر وروي انه عاش مائة وخمس سنين او الزائد لم يرجع عن قوله
كذا قاله خواهر زاده في مبسوطه وروي عن الشيخ الامام ابي بكر محمد
ابن حامد انها تسعون سنة لانه الغالب في اعمار اهل الدنيا ومما
قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى كذا ذكر في خلاصة الفتاوى
وقال المتاخرون من مشايخنا انها تسعون سنة وفيها بالناس ويتناوله
الحرج عنهم لان في الفحص عن حال الاقران ايضا نوع حرج قال
خواهر زاده ما قاله محمد اقيس لان معنى ما قاله من المدة ان دل على
موته قطعا من بقي من اقرانه يعتبر معنى هذه المدة بطل على حياته
تبع القطع ومن بقي من اقرانه يعتبر معنى هذه المدة يدل على حياته
تبع القطع ومن بين دليل الحياة وبين دليل الموت بالشك ومتى
اعتبرنا موته بموت اقرانه فانما يثبت موته بدليل لا قطعا ومن ثمه
فكان ما قاله احوط واقيس الا ان فيه ضرب حرج من الفحص عن
الاقران وما اعتبره الشارح تعيين مائة ما ينتهي اليه الاعمار في
الغالب مائة وعشرين سنة والحياة بعدها نادر ولا عبرة به وقالت
في الشافي بما الولد الحي قال بعضهم هو مفوض الى راي القاضي
يعني اي وقت راى المصلحة حكم بموته قوله والاقيس ان لا يقدر
بشيء من المقادير المذكورة كالمائة والتسعين ونحو ذلك ليعتبر موت
الاقران لان حياة الانسان بعد موت جميع اقرانه نادر ولا عبرة
بالنادر وكان موت اقرانه دليلا على موته من حيث الظاهر
لان الظاهر انه لا يعيش بعد ذلك فكان يتوجه موته بموت اقرانه
بدلالة الظاهر كالثابت معاينة بالبينة فيجري عليه حكم الاموات
بعد ذلك قيل الاقيس في تفصيل المفقود كالاشهر في تفصيل
المشهود ومنه المثل الاشهر من الشمس قوله واذا حكم بموته اعتدت
امراته عدة الوفاة من ذلك الوقت اي وقت الحكم بالموت لان
الموت الحكمي يعتبر بالموت الحقيقي فلو ثبت موت المفقود حقيقة
تعتد امراته ويقسم ماله بين ورثته الموجودين وقت الحكم بالموت
فكذا في الموت الذي حكم به بموت الاقران او بمائة وعشرين سنة ونحو

ذلك

ذلك قوله ومن مات قبل ذلك لم يرث منه هذا لفظ القدوري في مختصره
اي من مات من ورثة المفقود قبل الحكم بموت المفقود لم يرث من المفقود
وذلك لان المفقود قبل الحكم بموته حي في ماله ولا يرث لاحد من الحي وهو
حي حكما فصار كالحي حقيقة قوله ولا يرث المفقود احدا مات في حال
فقده وهذا لفظ القدوري في مختصره وهذا لان المفقود ميت في مال
غيره لان اعتباره في حال حياته فقده باستصحاب الحال وهو عبارة
عن ابقاء ما كان على ما كان لعدم الدليل المزيل فيصلح الاستصحاب
حجة للدفع لا للاستحقاق فلهذا اعتبر حيا في ماله ميتا في مال غيره
حتى لم يرث احدا من المفقود في حال فقده لم يرث المفقود من احد
بل يوقف نصيبه من مال مورثه كما يوقف الدية او يعلم موته ويرد
الموقوف لاجله الى وارث مورثه الذي وقف ماله ولان المفقود لم يعلم
وجوب حق الغير في ماله وفي هذا الحال لعدم التحقق بحيوته
فاسكنا عن الاكتساب بالاسم وتركنا على الاصل واحسن ان لا اهله كما في
ميراث الغرقى والهدمى قوله وكذا الوصي للمفقود مات الموصي اي
نصيب المفقود بالوصية اما اذا مات الموصي في حال فقده بل يكون الوصية
موقوفة كالميراث الى ان يظهر حاله وهو من مسائل المبسوط ذكرناها
لبيان التفريع وقال محمد بن الحسن في الاصل ولو اوصى رجل للمفقود
بوصية لم اقض له بها ولم ابطلها وعلل خواهر زاده في مبسوطه
فقال لان الوصية اخت الميراث وفي الميراث يوقف حصة المفقود على
المفقود الى ان يظهر حاله فكذلك هنا اما لو اوصى الحي في ما راه فالحاصل
انه يوقف نصيب المفقود الى ان يظهر موته فاذا ظهر موته حكم في
ماله كانه مات الآن وفي مال غيره واستحقاقه كانه مات حين فقده
هذا تفسير ما قال محمد رحمه الله تعالى بقوله ان المفقود حي في
ماله ميت في غيره قوله ثم الاصل انه لو كان مع المفقود وارث لا يحجب
به ولكنه ينتقص حقه يعطى اقل النصيبين ويوقف الباقي وان كان معه
وارث يحجب به لا يعطى اصلا اي الاصل في مسئلة المفقود انه لو كان مع
المفقود وارث لا يكون محروما من الميراث بسبب المفقود الا ينتقص
حق ذلك الوارث بالمفقود يعطى الوارث اقل النصيبين ويوقف الباقي
الى ان يظهر حال المفقود وان كان الوارث ممن يحجب بالمفقود
حجب الحرمان لا يعطى الوارث شيئا كما في مسئلة الهداية اعني رجل
مات وترك ابنتين وابنا مفقودا وابن ابن وبنت ابن يعطى الابنتان
النصف ويوقف الباقي ولا يعطى ولد الابن شيئا لان ولد الابن لا يرث
له لو كان الابن حيا فلا يرثان بالشك وحمل البيان فيما قلنا لتصحيح الاصل

جواهر زاده وفي مبسوطه وهي ما اذا مات الرجل وترك ابنتين وابن
ابن وبنت وترك ابنا مفقودا وترك مالا في يد الابنتين فقال
ابن الابن واخته ابونا مفقود واقر بذلك الابنتان واختصموا الى القاضي
لا ينبغي له ان يحرك المال من موضعه ولا يقف منه شيئا للمفقود مما في
ايديهما صار ميراثا للابنتين بموت ابيهما بيقين لان المفقود ان كان
حيا يكون المال بين الابن وبين الابنتين انصافا وان كان ميتا فللبنتين
الثلثان والباقي لولد الابن فالنصف ميراث للبنتين بيقين فلا يؤخذ
من ايديهما فالنصف الاخر موقوف على يد من كان في يديه للمفقود فهذا قال
لا يحرك شيئا من المال من موضعه وقوله لا يقف منه شيئا مؤولا على حكم
ذلك النصف ان ظهر المفقود حيا يدفع اليه وان ظهر ميتا قال ويدفع
الى البنتين لتتم الثلثان والباقي هو الثلث لولد الابن قال
ولو كانت الابنتان في ايديهما قد ماتت اخونا ولنسق مفقود وقال ابن الابن
وابنة الابن هو مفقود فالجواب كذلك في اصل الوقف لان تقدير
الوقوف لان في المسئلة الاولى يوقف النصف لان البنتين ياخذان النصف
الاخر بيقين وفي هذه المسئلة ياخذان الثلثين فالمال في ايديهما
فيقضي بالثلثين لهما والثلث الاخر يوقف الى ان يظهر حال المفقود
قال ولو كان ميراث الجد في يد ولد الابن المفقود فطلبت الابنتان
ميراثهما واتفقوا ان الابن مفقود وصدقهما ذو اليد في ذلك يعطيهما
النصف ويوقف النصف الاخر على يد الذي في يديه المال الى ان يظهر حال
المفقود قال ولو كان مال الميت في يد رجل اجنبي فقالت ابنتا
الميت مات اخونا قبل الاب فقال ولد الابن مفقود فانه
اقر الذي في يديه المال بالمال للميت وقال ان الابن مفقود يعطي
الابنتان بالنصف ويوقف الباقي على يديه الى ان يظهر حال
المفقود واما تعطيان النصف لانه بيقين وقال الذي في يديه المال
الذي في يديه المال مات المفقود قبل ابيه وصدقه ذلك ولد المفقود
كان الذي في يديه المال يجبر على دفع الثلثين الى بنتي الميت
لانهما تدعيان الثلثين وذو اليد صدقهما باقراره بموت المفقود
لان ذا اليد مقر لولد الابن بالثلث وهم لا يدعون ذلك لانهم قال
ولو كان الذي في يديه المال جحد ان يكون المال لهذا الميت
فاقامت ابنتا الميت بينة ان اباهما مات وترك هذا المال ميراثا لهما
ولاخيهما المفقود فانه يقبل بينتهما ويدفع اليهما النصف اما قبول البينة
فلان احد الورثة ينتصب خصما عن الباقين فيما لهم وعليهم فاما دفع النصف
فلانه بيقين واما الزائد عليه اي الثلثين ففيه شك فلا يستحق بنزع النصف
الاخر من يدي ذي اليد ويوقف على يد عدل لانه لما جحد ظهرت خيانته فلا

يترك

فلا يترك مال الغير في يد الخائن بخلاف ما اذا كان ذو اليد مقرا حيث يترك في يده
الى ان يظهر حال المفقود لانه لم تظهر خيانته قال ولو ادعاه ولد المفقود ان
المفقود قد مات بعد جده فشهد الشهود اراد دفع اليهم شيئا حتى تقوم البينة على موته
قبل ابيه او بعده لانهم ادعوا انا لو بعدي الجد فلا يصدقون بلا بينة فان
اقاموا البينة انه مات قبل موته يعطى لهم الثلث والثلثان للابنتين وان
اقاموا البينة انه مات بعده يعطى لهم النصف لان النصف صار لابيهم عن الجد ثم انتقل
اليهم بالميراث فلو لا اتفق عليهم من ذلك شيئا ولو كانوا محتاجين وذلك لانه يجب
ابنتين لان النصف الذي ارتفعناه ليس لك لهم ولا لابيهم بل هو موقوف في
حكم ملك الجد والحسب فلا يمكن ايجاب النفقة عليهم هذا حاصل ما قال شيخ
الاسلام رحمه الله تعالى في مبسوطه والباقي يعلم منه ان شاء الله تعالى قوله ولا يرث
لا يحجب به اي لا يحجب الوارث بالمفقود والجملة صفة نكرة واراد بالحجب حجب
الحرمان بل لا يرث ولكن ينقص حقه قوله اي مع المفقود قوله ويتصادقوا اي يتصادق
الورثة والاجنبي قوله ولا ينزع من يد الاجنبي الا ان ظهرت منه خيانة اي لا ينزع
النصف الاخر من يده الا اذا ظهرت خيانته كما اذا جحد كون المال للميت مر بيانه
انفا قوله ونظير هذا الحمل فانه يوقف له ميراث ابن واحد بل ما عليه الفتوى اي نظير
المفقود الحمل يعني انه كما يوقف للمفقود يوقف للحمل لكن يوقف له نصيب ابن
واحد على ما عليه الفتوى وهذا اختيار عامة وروى انه يوقف له نصيب اكثر من
واحد بيانه انه يوقف للحمل نصيب اربعة بنين ان كان نصيبهم اكثر من نصيب
البنات كما اذا ترك امراة حاملا وعما فانما نصيب اربعة بنين اكثر ويعطى بقية
الورثة اقل الانصباء ويوقف للحمل نصيب اربع بنات ان كان نصيبهن اكثر من نصيب
البنين كما اذا ترك امراة حاملا وابوين فانه من اربعة وعشرين فالثاني يخرج من
اصحاب الفروض ثلثة عشر وفي البنين ولو قدر من الحمل اربع بنات وروى لنا ابن سعد
عن محمد انه يوقف نصيب ثلثة بنين وفي رواية هشام عنه نصيب ابنين وهي
احدى الروايتين وروى الخصاف عن ابي يوسف انه يوقف نصيب ابن واحد وعليه
الفتوى اليوم لاصحاب ابي حنيفة كذا ذكره الامام سراج الدين في فرائضه وشرحه
وقال في المختلف فان مات وترك ابنا وامراة حاملا روى ابن المبارك
عن ابي حنيفة انه يوقف نصيب اربعة بنين ويوقف ثلثا ماله وبه اخذ
ابن المبارك والنخعي ومالك وشريك وقال ابو يوسف يوقف نصيب ابن
واحد وهو ثلث المال وعند محمد يوقف نصيب ابنين وهو نصف المال
له ان ولادة ولد ابن غالب وولادة الواحد ولابي يوسف ان الغالب ولادة
الواحد ولابي حنيفة ان ولادة الاربع في بطن واحد قد يكون قال شريك
رايت الكوفة لابي اسماعيل اربع بنين في بطن واعتبر اعتباره احتياطا
لهذا النقل الخلاف وقال الشيخ ابو الفضل الكرماني في فرائضه قال
ابن المبارك انحنى هذا القول حتى رايت من بني اسماعيل من ولد في بطن واحد
محمد وعمر وعلي واسماعيل قوله ولو كان معه وارث اخر الى اخره اي لو كان مع الحمل

وارث اخر فلا يخلو اما ان كان الوارث لا يسقط بالحمل ولا يتغير به كالابن
والجد مثلا او يسقط به كالجد لان الابن كالاخ والعم او لا يسقط به لكن يتغير
كالزوجة ففي الاول يعطى الوارث كل نصيبه وفي الثاني لا يعطى وفي الثالث
يعطى الاقل لكونه متيقنا كما في المفقود فانه اذا مات وترك ابنا مفقودا ووجد
معه واخا واما للجدة السدس من الباقي والباقي موقوف لان الحمل لا يسقط
بالابن فتعطى الام السدس لكونه متيقنا لانه اقل من الثلث لان المفقود ان
كان حيا استحق الام السدس وان كان ميتا استحقت الثلث فتعطى السدس
والباقي يوقف الى ان يظهر حال المفقود قوله وقد شرحنا في كتابه المنتهى باستقصاء
من هذا اي شرحنا حكم مسائل المفقود في النوع الموسوم بكتاب المنتهى في باب
اتم من هذا البيان وعن هذا استغنينا بيان ذلك قبل هذا فلا عن سقوط تبع الاسلام
وامتلائها بالحوادث واليه المرجع والمآب كتاب الشركة مناسبة الشركة
بالمفقود من حيث ان المال في يد الشريك امانة كما ان نصيب المفقود امانة في يد
من كان المال في يده وايضا نصيب المفقود من مال مورثه يختلط بنصيب غيره
كاختلاط المال في الشركة فذكرت عقيب المفقود للتناسب لكن لما كان
للمفقود مناسبة خاصة بالاباق من حيث ان المال فيهما عرضة التوى فيهما قدم
المفقود على الشركة ثم اعلم ان الشركة عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا
بحيث لا يتمايز احد النصيبين من الآخر ومنه الشركة بالمخزلك وهو
حبال الصائد سميت بالاختلاط بعض الحبل بالبعض ثم يطلق اسم الشركة على
عقد الشركة وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب له والشرك
والشركة بمعنى قال ابن دريد الشرك مصدر شركت الرجل اي كنت شريكا في المال
ومشاركة كلان تلا تاسرك عنان اذا شرك مفاوضة فالعنان في صفقة المال
والمفاوضة في جميعه قال الشاعر

ابان كرمان كعلان نصاهره … شكان شرك عنان وهما اشتركا

وشركها الرجل وشاركته سواء الذي في الجمهرة ثم ركن الشركة الكل اجتماع النصيبين
وحكمها ان يكون المال مشتركا بينهما وكل واحد في نصيب الآخر كالاجنبي لا يجوز تصرفه
بدون اذنه وركن شركة العقود الايجاب والقبول بان يقول احدهما لصاحبه
شاركتك في كذا وكذا ويقول صاحبه قبلت وحكمها الشركة في الربح وشركة
الاملاك على ضربين جبري واختياري فالاول في العين يرثها رجلان والثاني في
العين يشتريانها او يوهب لهما او يوصى لهما فيقبلانها قوله الشركة جائزة لانه عليه
السلام بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليها يعني لما كان الناس يتعاقدون
عقد الشركة والنبي عليه السلام لم ينكرها دل ذلك على جوازها فلو لم تكن جائزة
لانكرها لانه بعث لبيان الحق قال اصحابنا ذكر محمد ان السائب
ابن شريك جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اتعرفني فقال وكيف لا اعرفك
وكنت شريكي نعم الشريك لا تداريني ولا تماريني وحدث صاحب السنن اسناده

الى

الى ابي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم والناس على التعامل بالشركة
قوله قال الشركة ضربان شركة املاك وشركة عقود فشركة الاملاك العين يرثها
رجلان او يشتريانها فلا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الآخر الا بامره
وكل واحد منهما في نصيب صاحبه كالاجنبي اي قال القدوري في مختصره لان
التصرف في ملك الغير لا يجوز الا باذن او ولاية شرعية ولم يوجد ذلك فيحق كل
واحد من الشريكين فلا يجوز تصرف احدهما في حق الآخر قال صاحب الهداية
وهذه الشركة تتحقق في غير المذكورة في الكتاب اي شركة الاملاك لا تنحصر في
المذكور في مختصر القدوري والمذكور فيه شيئان الارث والشراء بل تتحقق في
غيره كما اذا اتهب الرجلان عينا اي قبلاها هبة وهب لهما وكما اذا ملكاها بالاستيلاء
مثل ما اذا استوليا على عين واحدة من اعيان مال اهل الحرب وكما اذا اختلط
مالهما من غير صنع منهما بان انشق الكيسان فاختلط ما فيهما من الدراهم
وكما اذا اخلطا مالهما خلطا لا يمكن التمييز اصلا كخلط الحنطة بالحنطة او يمكن التمييز
لكن بحرج كخلط الحنطة بالشعير فالشركة الثابتة بالاختلاط او بالخلط كالعين
الشركة الثابتة بالارث او بالشراء او بالهبة او بالاستيلاء فان الشركة متى ثبتت
بالاختلاط او بالخلط لا يجوز بيع احدهما نصيبه من شريكه ولا يجوز من الاجنبي الا باذن
الشريك والشركة متى ثبتت بالارث وما اشبهه يجوز بيع احدهما نصيبه
من الشريك ومن الاجنبي بغير اذن شريكه ولا يجوز التصرف في نصيب شريكه
الا باذن شريكه لان خلط الجنس بالجنس على سبيل التعدي سبب لزوال
الملك عن المخلوط الى الخالط فاذا حصل بغير تعد كان سبب الزوال موجودا
من وجه لوجود الخلط غير موجود من وجه لانعدام صفة التعدي عن الخلط
فكان الزوال موجودا من وجه دون وجه فاعتبر نصيب كل واحد منهما زائلا
الى الشريك في حق البيع من الاجنبي كانه يبيع ملك الشريك من الاجنبي غير زائل
في حق البيع من الشريك كانه يبيع ملك نفسه عملا بشبه الزوال وشبه البقاء
فاما الشركة الثابتة بالارث وما اشبهه فلم يوجد فيه سبب زوال الملك لكل واحد
منهما في نصيبه كيف ما كان كذا ذكره الامام الولوالجي في فتاواه والى هذا
التوفيق اشار صاحب الهداية بقوله وقد بينا الفرق في كفاية المنتهى قوله يمنع
التمييز واسناد الاصح اي يمنع ذلك الخلط التمييز اصلا ولا يمكن التمييز بين
المخلوطين او لا يمكن التمييز بينهما الا بحرج يعني يمكن بحرج قوله في جميع الصور
اي في جميع صور شركة الاملاك غير صورة الخلط والاختلاط وقد ذكرنا
حكمها آنفا قوله قال والضرب الثاني شركة العقود هذا لفظ القدوري ويختصر
وعامة فيه وهي على اربعة اوجه مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه
اي الضرب الثاني من الشركة قوله وشرطه ان يكون التصرف المعقود عليه
عقد الشركة قابلا للوكالة اي شرط الضرب الثاني وهو شركة العقود ان يكون
التصرف الذي يقع عليه العقد قابلا للوكالة سواء كان عنانا او مفاوضة لان عقد الذي
الشركة يتضمن الوكالة لان المقصود من الشركة تحصيل الربح بالتجارة والتصرف

في باب العبد لا تجوز الا بولاية او وكالة من طريق الخلق او الحكم ولم يوجد الولاية
والتعلق بالتوكيل ليتحقق الحكم المطلوب من الشركة وهو الربح وهذا معنى قوله لكونه
ما يتضمنه د بالتصرف مشتركا ليتحقق حكمه المطلوب منه اى حكم عقد الشركة
المطلوب من عقد الشركة وقوله عقد الشركة منصوب على المصدر واحترز بقوله
قابلا للوكالة عن الاحتطاب والاحتشاش والاصطياد لانها لا تثبت فيها
الوكالة فلا تجوز عقد الشركة فيها وسيجيء بيانه في فصل الشركة الفاسدة ان شاء الله
تعالى قوله وهي على اربعة اوجه اي شركة العقود على اربعة اوجه مفاوضة
وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه وهذا التقسيم فيه نظر لانه يوهم ان شركة
الصنائع وشركة الوجوه تغايران المفاوضة والعنان والاولى التقسيم ما ذكره
الشيخان ابو جعفر الطحاوي وابو الحسن الكرخي في مختصرهما بقولهما الشركة
على ثلاثة اوجه شركة بالاموال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل واحد منها
على وجهين مفاوضة وعنان وسيجيء بيان المفاوضة والعنان في شركة الاعمال
وشركة الوجوه اذا وصلنا الى بيانهما في المختصر ان شاء الله تعالى قوله
فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترك الرجلان فيتساويان في مالهما وتصرفهما
ودينهما هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان المفاوضة هي المساواة
والمشاركة والمفاوضة الشركة والناس فوضى وهم الامراء سوا لا سابق لهم
كذا ذكره صاحب ديوان الادب قول الشاعر

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ... ولا سراة اذا جهالهم سادوا

فلما كانت معنى المفاوضة المساواة اعتبر التساوي في المال والتصرف والدين
والمراد من التساوي فيما يصح فيه الشركة اما اذا تفاضلا فيما لا يصح فيه الشركة
كالعروض والعقار والديون فلا يفسد ذلك المفاوضة لانها لا تستحق بها
الشركة فلا يمنع صحتها التفاضل فيها كالتفاضل في الاولاد والزوجات
ويجب ان لا ينفرد احدهما بنوع من انواع التجارة لان المفاوضة تنعقد
عامة في التجارات ولان انفراد احدهما بنوع يزيل التساوي وهو شرط المفاوضة
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله تعالى في مختصره من شرطها ان تكون في
جميع التجارات ولا يختص احدهما بتجارة دون شريكه وان يكون ما يلزم
احدهما من حقوق ما يتجران فيه لازما للاخر وما يجب لكل واحد منهما يجب للاخر
فيكون كل واحد منهما فيما يجب لصاحبه بمنزلة الوكيل فيما يجب عليه
بمنزلة الكفيل عنه ويتساويان مع ذلك في رؤس الاموال في قدرها وقيمتها
وان تفاوتا في شيء من ذلك لم تكن مفاوضة وكانت عنانا ويتساويان ايضا
في الربح لا يفضل احدهما الاخر لا يكون لاحدهما مال يختص به في يديه او بيده مودع
له مما تنعقد عليه الشركة من الدراهم والدنانير والفلوس ايضا في
قول ابي يوسف ومحمد فان كان في يد احدهما شيء من ذلك لنفسه مما يصلح فيه
الشركة فسدت المفاوضة وكذلك ان صار في يده شيء من ذلك بعد المفاوضة
فان كان المفاوضة تفسد وتصير شركة عنان الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال

في الاصل وهو المبسوط دراهم احدهما بيض ودراهم الاخر سود جازت المفاوضة
الا ان يكون لاحدهما فضل على الاخر في الصرف فلا يجوز شركة المفاوضة لما عرف
لاحدهما الف درهم وللاخر مائة دينار جازت الا ان استوت القيمة وان اختلفت
تنعقد الشركة عنانا قوله قال الشاعر لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة
اذا جهالهم سادوا اي لا يصلح امور الناس حال كونهم متساوين لا اشراف فيهم
لهم يامرونهم والسراة جمع سري وبعد هذا البيت اذا تولى سراة الناس
امرهم * نما على ذاك امر القوم وازدادوا قوله تلبية عن تحقق المساواة ابتداء
وبقاء وانتهاء نتيجة لقوله اذ هي من المساواة اي لما كانت المفاوضة عبارة عن المساواة
لم يكن بد من تحقق المساواة فيما بينهما ابتداء لان المفاوضة من العقود
الجائزة بدليل انه استطاع كل واحد منهما فسخها بعد العقد فكان لبقائها حكم الابتداء
فالتساوي في الابتداء [illegible] الشركة وجعل
احدهما قبل ان يشتريا شيئا فسدت لان المعقود من الشركة التجارة بالشرا
بالكل قبل الشرا فانما يقع استبدادها بالتجارة بطلها بالحرمان فيصير عنانا لانه
يشبه العنان وان كان بعد الشرا بالمال لا يفسد لان الشركة انتقلت
عن الثمن الى المشترى فصار راس المال [illegible] عن الشركة لا بابطال الشركة
لا يبطل بينهما ولو اشتريا جميعا بمال احدهما ثم نقد الاخر فسدت المفاوضة
ثانيا لان المشتري صار بينهما وراس مال الاخر بقي على ملكه فيحصل التفاضل
في الاستحقاق لا يبطل لان الشرا بالمال الذي [illegible] الحرج
هكذا ذكر في شرح ثم المبسوط قوله وذلك في المال اي تحقق المساواة في
المال وكذا في التصرف وكذا في الدين حتى لو اختص احدهما بمال يصح فيه
الشركة او بتصرف او بالدين فات التساوي وفسدت المفاوضة وكانت عنانا
لانه اتى بمعنى العنان بعبارة المفاوضة قوله والمراد به ما يصح الشركة فيه
اي المراد بالمال الذي اشترط المساواة فيه هو المال الذي يصح الشركة فيه كالدراهم
والدنانير والفلوس ايضا على قولهما اما لا يصح فيه الشركة كالعروض والعقار
اذا التفاضل فيه لا يبطل المفاوضة قوله وكذا في التصرف عطف على قوله وذلك
في المال وكذلك قوله وكذا في الدين عطف ايضا على قوله وذلك في المال قوله
فلا تنعقد بين الحر والعبد ولا بين الصبي والبالغ ولا بين المسلم والكافر قوله وهذا [illegible]
استحسانا وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي وقال مالك لا اعرف ما المفاوضة
ذكره هذا التفريع لمسئلة القدوري وقال في المختلفات قال الشافعي رحمه الله تعالى
لا ادري ما المفاوضة ووجه القياس ان المفاوضة تتضمن شيئين وكل واحد
منهما عند انفراده لا يجوز فكذا اجتماعهما بيانه انها تتضمن الوكالة والكفالة
والوكالة بمجهول الجنس لا تجوز الا ترى انه لو قال وكلتك بالشرا او بشرا الثوب
لا يصح الوكالة وما الكفالة بمجهول لا تجوز ايضا بخلاف الكفالة بمجهول [illegible]
[illegible] في قوله ما ذاب لك على فلان فعلي وهاهنا تضمنه الوكالة
بمجهول الجنس والكفالة بمجهول فينبغي ان لا تجوز ولان المفاوضة شرطها

المساواة سند كروا اعتبارها لا يمكن لان احدهما يكون له فضل على الاخر في متاع الاهل
او ثياب البدن ونحو ذلك فان ذلك لا يكون اعتبارا وما لم يمكن تصحيح المفاوضة ووجه الاكتفا
ما روى اصحابنا في عامة كتبهم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال فاوضوا فانه اعظم
البركة وقال ابو بكر الرازي في مختصر الطحاوي وقد روي جواز شركة المفاوضة عن
الشعبي وابن سيرين وغيرهما ولان المسلمين تعاملوا هذه الشركة من غير نكير فكان
دليلا على جوازها ولان كل واحد من الكفالة والوكالة جائز عند الانفراد فكذا عند
الاجتماع والجهالة التي ذكرها حصلت في ضمن صحة العقد فتحملت كما في المضاربة
لان المضارب يشتري نقدا وكيل من رب المال لكن بمجهول الجنس فتحملت الجهالة
لتوقفها في ضمن عقد المضاربة لا قصدا وكذا ما جاز في ضمنه يكثر من شيء يثبت ضمنا
ولا يثبت قصدا كما في احد اعدادنا الفارة ولا تشبيه قصدا ويثبت ضمنا في الماشي
ولا نسلم ان اعتبار المساواة لا يمكن لانا نشترط المساواة في مال التجارة لا غيره فيمكنه
ممكنة فيه قوله ولا ينعقد الا بلفظ المفاوضة لبعد شرائطها عن علم العوام قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وان شرطها في عقد الشركة انهما متفاوضان
بالتنصيص بذكر ذلك لفظا عقد عقدهما الشركة فان تركا ذلك كانت عنانا وروى
ذلك الحسن ابن زياد عن ابي حنيفة ولم يحك احد من اصحابنا خلافا وهو يعدى
قول ابي يوسف ومحمد الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله تعالى قال الجوهري لكنا نبه
ان كان العاقد يمكنه استيفا المعنى وان لم يتلفظ به يجوز لان المعتبر هو المعنى
قوله حتى لو بينا بلفظ النسبة اي لو بينا المعنى فان جميع ما تقتضيه المفاوضة
يجوز وان لم يذكر لفظ المفاوضة لان المقصود هو المعنى الا ترى ان الكفالة
بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط ضمان الاصيل كفالة قوله قال يجوز
بين الحرين الكبيرين المسلمين اي قال القدوري في مختصره وصاحب الهداية
لم يذكر في روايته العاقلين البالغين والشيخ ابو نصر ذكره ولا بد من ذلك
وذكر هنا نتيجة وتعلم لما تقدم من قوله فاما شركة المفاوضة فهي ان يشترط الرجلان
شيئا ويتساويان في مالهما وتصرفهما ودينهما يعني لما كان التساوي شرطا في المفاوضة
جازت بين الحرين المذكورين لوجود التساوي وان كان احدهما ذميا
والاخر مسلما جازت ايضا لتحقق التساوي وهو المراد بقوله لما قلنا
وذلك لان الكفر كله ملة واحدة ولا تجوز المفاوضة اذا كان احدهما حرا والاخر
مملوكا او كان احدهما صبيا والاخر بالغا لعدم المساواة لان الحر البالغ
يتصرف بولاية نفسه وهو اهل الكفالة بخلاف الصبي والعبد فان صحة
تصرفهما وكفالتهما موقوفة على اذن المولى والولي قوله ولا بين المسلم والكافر
وهذا قول القدوري ايضا ذكرها شرحا لما تقدم اي لا تجوز المفاوضة بينهما
لعدم وهذا قول ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف يجوز ذلك لتساويهما في التصرف
لان ما يملكه الذمي من الخمر والخنزير يملكه المسلم ايضا بالتوكيل وجوابه
ان الذمي يملكه بنفسه وبتوكيله والمسلم لا يملكه بنفسه فانعدم التساوي فصار كالحر مع العبد

ونقد نص

ونقد نص الحاكم الشهيد على الاختلاف هكذا في مختصر الكافي قوله ولا بينه
بزيادة تصرف يملكه احدهما كالمفاوضة بين الشافعي والحنفي فانها جائز
لتساويهما ثمنا وديانة في اصل التصرف كما ان احدهما يملك التصرف امواله
وشبابه فكذلك الاخر لكن احدهما اختص بزيادة تصرف كالشفعوي
يتصرف في متروك التسمية عمدا لانه يعتقده حلالا بخلاف الحنفي وذلك
انحرافه مع المجوسي قوله الا انه يكره استحسانا من قول ابي يوسف يجوز
للتساوي بينهما في الوكالة والكفالة ووجه الكراهة ان الذمي لا يهتدي
الى العقود الفاسدة او لا يحترز عن الربا فلا يامن من ان يوكل بشريكه
حراما قوله ولا يجوز بين الصبيين ولا بين الصبي ولا بين الكاتبين
ذكره تفريعا لما تقدم وقال الحاكم الشهيد في الكافي ولا تجوز بين
الحر والعبد ولا بين العبدين ولا بين المكاتب ولا بين المكاتبين ولا بين
الصبيين وان اذن لهما ابواهما لان فيهما حينا فالى هنا لفظ الحاكم رحمه
الله يعني ان العبد والمكاتب والصبي كل واحد منهما لا يصح كفالته والمفاوضة
تتضمن الكفالة فلا تنعقد مفاوضة قوله وفي كل موضع لم يصح المفاوضة
لفقد شرطها ولا يشترط ذلك في العنان كان عنانا ذكر هذا الكلي ليعلم
ان كل موضع لا يصح المفاوضة فيه لفقدان شرطها وهو التساوي
ولم يكن ذلك شرطا في العنان كان عنانا لانه اتى بمعنى العنان
وزيادة المفاوضة ولان العنان قد يكون عاما في انواع التجارة وقد
يكون خاصا في نوع منها والمفاوضة عامة فيها نظيره فيهما ما ذكر في
الشامل في قسم المبسوط وان تفاوض عبدان او مسلم او ذمي كانت
شركة عنان قال الحلواني سواه وان فقد شرط من شرط المفاوضة
وذلك ليس شرطا في العنان لانه امكن اعتبار العنان بلفظ هو اعم منه
كما يمكن اثبات الخصوص بلفظ العموم قوله قال وتنعقد على الوكالة
والكفالة اي قال القدوري في مختصره وتنعقد المفاوضة على
الوكالة والكفالة يعني ان كل واحد من الشريكين يكون فيها بالشرى
وكيلا عن الاخر وكفيلا عنه اما ثبوت الوكالة في المفاوضة فليس
بامر خاص بها لان الوكالة امر عام في شركة العقود ثبت فيها سواء
كانت عنانا او مفاوضة لتحقق المقصود من الشركة وهو تحصيل
الربح فهذا لان الربح لا يكون الا بالتصرف فلا التصرف في مال الغير
لا يخلو اما ان يكون بولاية او وكالة ولم توجد الولاية فتعينت الوكالة واحد
لا يخلو اما ان تثبت نطقا او حكما لتحقيق المقصود من الشركة
ولم يوجد النطق فتعين الثاني فيكون كل منهما وكيلا عن صاحبه
في النصف واما ثبوت الكفالة فلتحقق معنى المفاوضة وهو المساواة
في امر هو من مواجب التجارة وذلك الامر هو توجه المطالبة نحوهما
فيكون كل واحد منهما كفيلا عن الاخر فيما وجب عليه بسبب

التجارة والمراد بالكفالة الثابتة في ضمن المفاوضة ان يطالب كل واحد
منهما بما اشتراه الآخر من التجارة حتى انما اكل احدهما مال الاجنبي
لزم الآخر عند ابي حنيفة خلافا لصاحبيه وسنبين ذلك بعد هذا ان شاء
الله تعالى في موضعه البيان هنا ما قال في شرح الطحاوي ان كل واحد منهما
يكون كفيلا عن صاحبه فيما هو من ضمان التجارة او من ضمان التجارة ولو
وجب الدين بالخيار ان شاء اخذ به الذي اداه وان شاء اخذ
شريكه اقول معنى الكفالة اما ضمان التجارة فهو ثمن المشترى في
البيع الجائز او قيمته في البيع الفاسد او اجرة ما استاجروا اما الضمان
الذي ليس من ضمان التجارة فهو ضمان غصب او ضمان وديعة ان جحدها
او استهلكها لان ضمان الغصب في هذه المواضع ينعقد له مثل الاصل فيصير
في معنى التجارة ولو لحق احدهما ضمان ليس من ضمان التجارة فلا يؤخذ به
كارش الجنايات والمهر والنفقة وبدل الخلع والصلح عن القصاص
قوله على ما بينا اشارة الى قوله قبل صفحة لتكون ما ينعقد بالتصرف
قوله قال وما يشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة الا طعام اهله وكسوتهم
اي وكسوة اهله في قضيتهم وقال صاحب الهداية وكذا الكسوة
وكذا الادام يعني يكون هذه الاشيا لاحد المتفاوضين الذي اشتراه
خاصة لا على الشركة لكن يطالب كل واحد منهما بالثمن الاشتراكي … قال
الكرخي في مختصره وان اشترى احدهما طعاما لاهله او كسوة او ما لا
بد لهم منه فذلك جائز وهو له خاصة دون صاحبه وللبائع ان يطالب
بثمن ذلك ايهما شاء ولذلك اذا اشترى احدهما جارية للوطي اذا لم
ياذن له شريكه وكذلك اذا اشترى جارية للخدمة الى هنا لفظ الكرخي
والقياس ان يصح للشركة مشتركا بينهما لان تضمنه عقد المفاوضة
المساواة فيما يصح فيه الاشتراك والاشيا المذكورة مما يصح فيه الاشتراك
لتساويها للاجانب الا انهم استحسنوا … اذا لا تقع هذه
الاشيا مشتركة لان الضرورة الى شرا القوت والكسوة وما لا بد منه
لما كانت مستثناة بالضرورة عن المفاوضة كانت خاصة بالمشترى
لكن البائع يطالب بالثمن ايهما شاء لان كل واحد من شريكي المفاوضة كفيل
عن الآخر فيما يصح فيه الاشتراك وهذه الاشيا يصح فيها الاشتراك
وانما اختص به المشترى للضرورة ثم يرجع الشريك بما نقد على صاحب
المشترى لانه قضى دينه من ماله وليس لاحدهما ان يشترى
جارية للوطي او للخدمة الا باذن الشريك لانعدام الضرورة
فان اشترى بالاذن هي له خاصة والبائع يطالب بالثمن ايهما شاء
ولا يرجع المشترى بنصف الثمن على الآخر ان ادى من مال الشركة عند ابي حنيفة

وقال

وقالا يرجع على صاحبه بنصف الثمن لانه قضى دينه من مال المفاوضة
فصار كثمن الطعام والكسوة ولابي حنيفة ان شرا الجارية وقع على
الشركة في الاصل لعدم الضرورة بينهما الا ان الشريك ملك بعينه
المشترى بالاذن وهبه له فلا رجوع كذا في المختلف قال الاسبيجابي
في كتابه كانه قال اشتر لك جارية بيننا وقد ملكتك نصيبي
هبة وقال في مختصر الكرخي وان اشترى احدهما جارية للوطي باذن
شريكه فاستولدها ثم استحقت هل للوالي العقر باخذ المستحق
بالعقر ايهما شاء لان هذا ادين من البيع بالشرا وليس هذا كالمهر
في النكاح وذلك لانه لولا الشرا لوجب الحد دون العقر وانما وجب
العقر لاجل الشرا فكان الآخر كفيلا عنه كذا في الاسبيجابي قوله لان مقتضى
العقد المساواة دليل قوله تكون على الشركة قوله فان كان احدهما الراتبة
اي الراتبة من قولهم … الشي اذا استقر ودام وامر ترتب
دايم ثابت قوله ولا يمكن ايجابه على صاحبه ولا الصرف من ماله
اي لا يمكن ايجاب شرا احد المتفاوضين على صاحبه ولا يمكن صرف
الثمن من مال صاحبه قوله ولا يتعين شرا الطعام لا على اهله وكسوتهم
قوله يختص به ضرورة اي يختص المشترى بالطعام او الكسوة ضرورة
لانه لا بد من ذلك قوله لما بينا اشارة الى قوله لان مقتضى
العقد المساواة قوله وللبائع ان يأخذ بالثمن ايهما شاء يطالب
المشترى وهو الاصيل وان شاء طالب صاحبه وهو كفيل عنه ثم يرجع
صاحبه على المشترى بما ادى من مال الشركة لانه قضى دينه وان كان
يقع الشرا للمشترى خاصة قوله وما يلزم كل واحد من الديون بدلا
عما يصح فيه الاشتراك فالآخر ضامن له اعلم ان الدين اذا لزم احد
المتفاوضين بدلا عما يصح فيه الشركة كان الآخر ضامنا كثمن المشترى في
البيع الجائز وقيمته في البيع الفاسد وان كان الدين بدلا عما لا
يصح فيه الشركة كان الآخر ليس بضامن له كارش الجنايات والمهر والنفقة
وبدل الخلع والصلح عن القصاص لانها لم تدخل تحت المفاوضة
لانها ليست بتجارة وهذا معنى قوله وعن المنع الآخر الجنايات
والنكاح والصلح والخلع عن دم العمد عن النفقة وفيما ذكرنا
بيان هنا عند قوله قال … على الوكالة والكفالة ولنا في
عبارة صاحب … نظر لان حق الكلام ان يقول فيما يصح فيه
الاشتراك من المشترى او اجرة ما استاجر لانه هنا الدين الواقع
بدلا عما يصح فيه الاشتراك لا الشرا نفسه ولا الاستيجار وكذلك
حق الكلام ان يقول وعن المنع الآخر ارش الجنايات والمهر والنفقة
… لانها هي الديون الواقعة بدلا عما لا يصح فيه الاشتراك
لا الجنايات والنكاح والخلع انفسها الى آخر ما قال فتعلم بادنى تفكر ان شا

الله تعالى اما ضمان الغصب والاستهلاك والاقرار فانه يلزم الشريك
ايضا ضمانه قال الكرخي في مختصره وروى الحسن ابن ابي مالك وعلي بن
الجعد عن ابي يوسف ان الغصب والاستهلاك لا يلزم الا فاعله دون
شريكه وكذلك الاقرار بذلك وقول ابي يوسف في رواية محمد والاصل
مثل قول ابي حنيفة في الغصب لزمهما لشركة الكرخي رحمه الله تعالى
وجه الظاهر ان ضمان الغصب يشبه ضمان التجارة وقد يوجبانه
مثل هو ادما يعكه عن ابي يوسف انه ضمان يتعلق بالفعل فلا يلزم
الشريك كضمان الجناية قوله ومن الثمن الاخرى فما لا يصح منه الاشتراك
قوله الجناية اراد بها الجناية على بني ادم لان ضمان الغصب يلزم الشريك
مع الظاهر ايضا قوله ولو كفل احدهما لمال عن اجنبي لزم صاحبه عند
ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا لا يلزم وهذه من مسائل الجامع الصغير
ذكرها في كتاب الكفالة قال الفقيه ابو الليث رحمه الله تعالى وهذا
اذا كفل بامر المكفول عنه وان كفل بغير امر المكفول عنه ينبغي
ان لا يجب على صاحبه في قولهم جميعا وقال شارح الطحاوي ان كان الكفالة
بالنفس فلا يواخذ به صاحبه بالاجماع وجه قولهما ان هذا ادنى لم
[illegible] لا يعمل وجه التجارة فلا يلزم الاخر كارش الجناية والمهر وهذا
لان الكفالة تبرع بدليل انها لا تصح من ليس من اهل التبرع كالصبي
والعبد المأذون ولهذا لا تصح في مرض الموت الا من الثلث
وتبرع احدهما على صاحبه لا يجوز الا ترى لو اعتق احدهما عبدا من شركتهما
او وهب او تصدق لم يجز ذلك في حصة صاحبه لا في حصته من ملكه كذا
في شرح الطحاوي فلا يلزم الكفالة بالمال على صاحبه كالكفالة بالنفس
والاقراض ووجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان الكفالة بالمال تبرع
ابتداء معاوضة انتهاء بيان كونها تبرعا ان المريض لو كفل يعتبر من الثلث
ولو كفل الصبي المأذون لا يجوز كما قلتم وبيان كونها معاوضة انه يخرج
الاداء فاذا ادى المكفول عنه رجع عليه اذا كانت الكفالة بامره فلما
كانت معاوضة في حالة البقاء كانت في معنى ضمان التجارة ولان لزوم
الكفالة على صاحبه فلا في حالة البقاء كانت في معنى ضمان التجارة فكذلك
صاحبه ولا دليل انها معاوضة في حالة البقاء اقرار المريض في مرض الموت
فيه بالكفالة بالمال من جميع المال بخلاف ابتدائه فانها يعتبر من
الثلث فصار الكفالة بالمال من احد المتفاوضين كدين التجارة
والغصب وانما فرق بين الكفالة بالنفس لانها تبرع ابتداء وانتهاء والجواب
عن قياسهما على الاقراض فنقول انه لا يلزم عند ابي حنيفة بل هو يلزم
على رواية الحسن حتى لو اقرض احد المتفاوضين جارية له لا يحل [illegible]

لشريكه

لشريكه اصلا وهو مذهب محمد ايضا وعند ابي يوسف لا يجوز كذا في الايضاح
وكفاية البيهقي ولئن سلمنا ان الاقراض لا يلزم صاحبه عند ابي حنيفة
فنقول القرض تشبه يمين الكفالة بالمال لان الكفالة في معنى ضمان
التجارة لما قلنا كانت معاوضة بخلاف الاقراض فانه تبرع محض ليس فيه معنى
المعاوضة ولهذا كان لمستقرض القرض حكم العين اذا لم يكن مثليا كان سبيل الحكم
بالنسبة الى الاموال الربوية نعلم ان له حكم العين لا حكم الدين فكان الاقراض
اعانة لا معاوضة الا ترى ان الاقراض لا يصح فيه التاجيل لانه لو صح يلزم
الجبر فيما هو تبرع وهو فاسد فلما ظهر الفرق بين الكفالة بالمال وبين الاقراض
امتنع قياسها عليه قوله لانه تبرع الى لان عقد الكفالة تبرع ولهذا لا يصح من
الصبي المأذون لان الكفالة تبرع قوله ولو صدر من المريض يصح من الثلث
يعني [illegible] لكون الكفالة تبرعا واما ذكر المحل اعني قوله صدر ليضبط
التكلم على ما دل عقد الكفالة والمراد من المريض مريض الموت قوله وصار
كالاقراض صار يعني الكفالة بالمال كالاقراض من حيث لا يلزمان الشريك قوله
لانه يستوجب الضمان بما يؤدى عن المكفول عنه اذا كانت الكفالة بامره هذا
تعليل لكون الكفالة معاوضة فما ينبغي ان الكفيل يستحق الضمان على المكفول
بما يؤدي عن المكفول عنه حيث يرجع الكفيل عليه بما ادى اذا كانت الكفالة
بامر المكفول فكانت الكفالة معاوضة فيها وضمان [illegible]
[illegible] قوله ومن تركه اي ذكر ابو يوسف ومحمد فكان الشافعي [illegible]
[illegible] ان يترك العين [illegible] الكفيل على صيغة التي للمحول
عليه ونحو هذا [illegible] الكافي قوله الاقراض عند ابي حنيفة انه يلزم صاحبه
وهو رواية الحسن [illegible] والجواب [illegible] والمراد ذكره العبد
والصبي المأذون والمكاتب قوله ولو سلم هذا [illegible] طريق التسليم وبيانه
انه [illegible] قال الفقيه ابو الليث في كتاب النوادر [illegible]
ان [illegible] عن ابي حنيفة قال اذا اقرض احد المتفاوضين جارية [illegible]
[illegible] رواية كتاب المبسوط قوله ولو كانت الكفالة بغير امره لم يلزم
صاحبه في الصحيح وهذا اشارة الى اختلاف المشايخ فيما ذكر في الجامع الصغير يعني
اما لو كفل احد المتفاوضين بمال عن اجنبي لزم ذلك صاحبه عند ابي حنيفة اذا كانت
بامر المكفول عنه فاذا كانت الكفالة بغير امره لم يلزم صاحبه لانعدام معنى
المعاوضة والمذهب [illegible] الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وتبعه صاحب
الهداية [illegible] مطلق جواب كتاب الجامع الصغير في جنس الكفالة بامر المكفول
عنه محمول على هذا القيد وهو ما اذا كانت الكفالة بامر المكفول عنه وبعض
المشايخ لم يفرقوا في الجامع الصغير بين ما اذا كانت بامره او بغير امره لاطلاق جواب
كتاب الجامع الصغير قوله وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة الكفالة عند ابي حنيفة
رضي الله عنه اعلم ان ضمان الغصب والاستهلاك يلزم الشريك في ظاهر الرواية
وعن ابي يوسف انه لا يلزم وقد بيناه عند قوله وما يلزم كل واحد منهما من الديون

بلا عا يقع فيه الاشتراك وضمان الكفالة لا يلزم الشريك عند ابي حنيفة خلافا
لصاحبيه وكان حق الكلام ان يقول وضمان الغصب والاستهلاك بمنزلة
الكفالة عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف في غير رواية الاصول
فافهم قوله وان ورث احدهما ما لا يصح فيه الشركة او وهب له ووصل الى يده بطلت
المفاوضة وان كان مما لا يقع عليه عقد الشركة لم تبطل المفاوضة حتى يقبض البدل
وصارت عنانا وهذا لفظ القدوري في مختصره انه صارت الشركة عنانا
بقوله ما لا يكره موصوفه صفته الحكم الحكى له عليه قال في شرح الطحاوي
ولو استفاد احدهما مالا بالميراث او بالهبة او بالوصية او بالصدقة فانه
ينظر ان كان المال مما يقع عليه عقد الشركة بطلت المفاوضة وان كان مما لا يقع ذلك
عليه عقد الشركة لم تبطل حتى يقبض فيبطل حينئذ فبطلت المفاوضة وصارت
شركتهما عنانا في جميع التجارات لان الاصل ان المفاوضة اذا فسدت صارت
عنانا وكذلك لو كان راس مال احدهما دراهم وراس مال الاخر دنانير وقيمتهما
سواء ثم ازدادت قيمة الدنانير او انتقصت قبل الشراء بالدنانير فسدت
المفاوضة لان الدنانير باقية على ملك صاحبها ما ازدادت او انتقصت فتفاوت
مال احدهما ولو ازدادت او انتقصت بعد الشراء بها فانه لا يوجب فساد
المفاوضة لان المشترى بالدنانير صار بينهما نصفين فلا تعتبر قيمة الدنانير
بعد ذلك وقد مر شيء من هذا البيان فلا بد من تحقيق المساواة فيطلب ثمة قوله
وان ورث احدهما عرضا فهو له اي للوارث وفي الارث حكم العرض لا تفسد
به المفاوضة ذكره [illegible] قال [illegible] وان ورث
عرضا او دينا لم تبطل ما لم يقبض الدين لانه لا يصلح راس المال
في الابتداء [illegible] قال في [illegible]
اذا ورث احدهما ما لا يجوز [illegible] فصل
قوله ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة هذا لفظ
القدوري في مختصره ونقل صاحب [illegible] وعند مالك العروض
والكيل والموزون ايضا اذا كان [illegible] والاجناس
انه يجوز في كل [illegible] لان المفاوضة لا تجوز عند مالك
[illegible] في شرح الطحاوي وعند ابن ابي ليلى تجوز الشركة بالعروض [illegible]
[illegible] وانه شرط جواز شركة المفاوضة والعنان ان يكون راس مال كل واحد
منهما دنانير او دراهم حاضرا في المجلس او غائبا عن المجلس [illegible]
العقد [illegible] صحة الشركة [illegible]
الى رجل فقال اخرج مثلها واشتر بها فما ربحت [illegible]
[illegible] لتمام الشركة عند [illegible] مالك ان النقود [illegible]
الشركة لان راس المال [illegible] العروض [illegible]
معلومة [illegible] المضاربة [illegible] العروض [illegible]
الناس [illegible] لان [illegible] ربح ما لم يضمن لان المال [illegible] المضارب

ولو هو

ولو هو اياه في يده فانتقضت المضاربة [illegible] وهو الدراهم والدنانير ولنا
ان الشركة لو صحت في العروض ادت الى اخذ ربح ما لم يضمن وانه لا يجوز لنهي النبي
صلى الله عليه وسلم عن ذلك وبيان انه لو جازت في العروض فباع احدهما عروضه
[illegible] قيمته والاخر لم يبع قيمته فاشتركا في الربح فاخذ الذي باع عروضه بمثل
قيمته من ربح مال صاحبه فيكون ذلك له ربح ما لم يضمن وهذا [illegible]
فان ما يشترك كل واحد منهما في راس المال لا يتعلق الشراء براس المال بعينه وانما
يتعلق بمثله دينا في الذمة فيتحقق شرط طيب الربح وهو وجوب المال
في الذمة ونقول ان [illegible] اشترك [illegible] لا يصير العوض مضمونا
عليه وهو لانه [illegible] ثم البيع فما كان لواحد يكون ربحا لصاحبه فيكون ربح
ما لم يضمن وانه حرام واما النقود فلا تتعين في العقد بل يجب مثلها في
الذمة فكان ربح ما يضمن وعلل صاحب التحفة بقوله لان الشركة تتضمن الوكالة
والتوكيل على الوجه الذي تتضمنه الشركة لا يصح في العروض فانه لو قال
لغيره [illegible] على ان ثمنه بيننا لم يصح ولو قال [illegible] اشتر بالف من مالك
على ان ما اشتريته بيننا وانا اشتري بالف من مالي على ان ما اشتري بيننا
جاز [illegible] اشتركا وهذا [illegible] قال صاحب الهداية بقوله وبيع احدهما
ماله [illegible] يكون الاخر شريكا في ثمنه لا يجوز [illegible] احدهما شيئا ماله على ان يكون
البيع فيه دين [illegible] جائز واما الفلوس النافقة فلم يذكر القدوري منها خلافا
في مختصره بل جمعها بالدراهم والدنانير والفلوس ولم يذكر فيها خلافا ايضا
وذكر الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره والاموال التي تنعقد بها عقد الشركة
الدراهم والدنانير [illegible] جميعا ثم قال وقال ابو يوسف [illegible] الفلوس
[illegible] في [illegible] من المبسوط تجوز الشركة بالفلوس لانها لا تتعين
في العقد عن ابي يوسف لا يجوز [illegible] عن ابي حنيفة لانها تروج تارة وتكسد اخرى
فاشبه الكيل والتمر [illegible] قال الفقيه ابو الليث
في كتاب العيون روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة قال المضاربة بالفلوس
جائزة وروى [illegible] عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال لا يجوز وقال
في كتاب [illegible] لا تجوز المضاربة بالفلوس في قول ابي يوسف ويجوز في قول محمد
الى هنا لفظ كتاب العيون [illegible] الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
ولو كان راس مال احدهما فلوسا لم تجز الشركة عند ابي حنيفة وابي يوسف لان
الفلوس انما صارت ثمنا باصطلاح الناس [illegible] في الاصل ولم
يتعاملوا ان يجعلوها راس مال الشركة وعند محمد تجوز وهو قول ابي يوسف
الاول لان الفلوس [illegible] وقال صاحب الهداية قالوا هذا
قول محمد [illegible] الشركة
بالفلوس النافقة [illegible] احدهما ان الفلوس
لا تتعين بالتعيين والثانية لا يجوز بيع الفلسين بفلس عند محمد اذا كانا
بغير عينهما ان الفلوس عنده كالنقود [illegible] بالتعيين

ولا يجوز بيع الاثنين بواحد لانتفاء المراد من قوله ولا تنعقد الشركة المفاوضة
بدليل قوله بعد ذلك ولا ينعقد الا بما بينا ان المفاوضة تقع لانه اذا لم يكن المراد
من المذكور اولا شركة المفاوضة يلزم التكرار في سياق الشركة العنان والاصل عدم
التكرار لانا نقول لا فائدة لتخصيص المفاوضة لانهما جميعا لا ينعقدان الا بالمال
المذكور فلو كان ولكان مراده التعدد نحو التخصيص لا تكون باسا والمحل المضمر
المفاوضة لم يصرح بالشركة حتى يشمل النوعين جميعا لانهما سواء في هذا الحكم وانما
قال عند قوله ولا ينعقد الا بما بينا ان المفاوضة تقع به لان كلامه اولا وقع
عند سياق المفاوضة فلو لم يذكر ذلك الحكم عند ذكر العنان لتوهم متوهم
ان حكم العنان ليس كذلك قال الزهري قوله ما عيا بها تقيد بالحنث لان بيع
الفلسين بفلس واحد فيه فيه لا يجوز الا ان قلنا لان احد وعنى الربا
لا يجوز الا قوله ويروى عن ابي يوسف مثل قول محمد لا يجوز بيع الفلسين
بفلس واحد هو قول ابي يوسف اولا وقد ذكرنا انما من شرح الطحاوي قوله والاول
اشبه والظهر اي كون ابي يوسف مع ابي حنيفة اولا كما قد ذكرنا انما من شرح الطحاوي
اشبه وهنا لان ابا يوسف جوز بيع الفلسين بفلس واحد اذا كانا بعينهما
كابي حنيفة كان ما مذهبه كذلك ايضا في مسألة الشركة لان العروض لا تصلح رأس
مال الشركة والمضاربة قوله وعن ابي حنيفة صحة المضاربة بهما اي بالفلوس
وهو رواية الحسن وقد ذكرناه ايضا عن كتاب البيوع والفلوس النافقة اي
الرائجة قال في المغرب النفاق ضد الكساد من نفق ينفق نفوقا في قوله
ولا يجوز بما سوى ذلك الا ان يتعامل الناس بالتبر والنقرة فيصح الشركة
بهما اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية هكذا ذكر في
الكتاب اي في كتاب مختصر القدوري وقال الحاكم الشهيد في كتاب الشركة
من مختصر الكافي والتبر من الذهب والفضة والحلي المصوغ منهما بمنزلة العروض
في ذلك وقال الطحاوي في مختصره ولا تجوز الشركة بالاموال التي تتعين
للعقود كتبر الذهب والفضة ومصوغهما وتبرهما وما سوى ذلك من
العروض والحيوان الذي يتعين لعقود البياعات وقال الصدر الشهيد
في كتاب المضاربة من شرح الجامع الصغير ولا تكون المضاربة الا بدراهم او دنانير
وكذلك الشركة لان النقد الخراب يتعين بالتعيين فيؤدي الى ربح ما لم يضمن ولا
تكون بالتبر نقرة فضة لانها سلعة في هذه الرواية تتعين بالتعيين
فيؤدي الى ربح ما لم يضمن وقال في كتاب الصرف النقرة لا تتعين بالتعيين
فعلى قياس تلك الرواية تصح المضاربة والشركة بها الى هنا لفظه رحمه الله تعالى
ونقل صاحب خلاصة الفتاوى عن تحفة الامام السرخسي ان الشركة انما تصح
بالدراهم والدنانير والتبر لا يصلح رأس مال الشركة في ظاهر الروايات
وفي كتاب الصرف في رواية كتاب الصرف التبر كالنقود ثم قال والمعتبر فيه
العرف حتى كان في بلد المبايعة فيه بالتبر كالنقود وقال في كتاب البيهقي

ولما

واما التبر ففيه روايتان ثم قال دخل في هذه على التعامل وان لم يتعاملوا به فهو
كالاثمان تصح الشركة والا فكالعروض فلا تصح فلهذا قوله وجه ما قال
في كتاب الصرف ان الذهب والفضة خلقا ثمنين في الاصل فكان التبر والنقرة
كالدراهم والدنانير فلا يتعينا بالتعيين فصحت الشركة والمضاربة بهما ووجه
ما قال في الجامع الصغير ان الذهب والفضة خلقا للتجارة والتجارة لا تتحقق
بدليل ان الحلي والاواني المصوغة منهما ليست بأثمان مع قيام الخلقة وانما
الثمنية بالصنعة المخصوصة والضرب المخصوص بحيث لا يعترضها الغش والنقص
عند وجود الضرب الذي هو اخر ظاهر اعتبار اما التبر والنقرة فليسا كذلك لانهما
يحتاجان لانواع الصناعة فلا يصيران ثمنين فكما لم يصيرا ثمنين صارا
كالعروض فلم يصح بهما الشركة والمضاربة الا اذا جرى التعامل باستعمالهما
ثمنين فحينئذ التعامل كالضرب فيجعلان ثمنين فيصح بهما الشركة حينئذ والتبر
من الذهب والفضة ما كان غير مصوغ والنقرة القطعة المذابة من الذهب
او الفضة قوله وهذا الحرف اشارة الى ان النقرة لا تتعين بالتعيين لكن الذهب
والفضة قوله الا ان الاول اصح استثناء من قوله فتارة تلك الرواية تصلح
رأس المال فيهما اي على رواية كتاب الصرف من المبسوط تصلح النقرة رأس المال
في الشركة والمضاربة الا ان الاول وهو رواية الجامع الصغير اصح وهو انهما
لا يصلحان رأس مال الشركة والمضاربة وقد مر بياننا انما قوله الا ان يجري التعامل
باستعمالهما ثمنا استثناء من قوله الا ان الاول اصح يعني ان الاول وهو رواية
الجامع الصغير هو ان النقرة لا تصلح رأس مال الشركة الا ان يجري التعامل
باستعمال النقرة ثمنا فحينئذ تصلح رأس مال الشركة قوله ثم قوله ولا يجوز بما
سوى ذلك يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب اي قول القدوري
في مختصره ولا يجوز بما سوى ذلك اي لا يجوز عقد الشركة بما سوى الدراهم والدنانير
والفلوس النافقة يتناول المكيل والموزون والعددي المتقارب وكأنه قيد
العددي بالمتقارب ليظهر عن الخلاف بين ابي يوسف ومحمد فيما تيسر الخلط
في الربح مع استواء المالين اذا خلطا والاظهر فيه كيف ما كان لانه لا يجوز
عقد الشركة بالعددي متقاربا كان او غير متقارب الا شركة الملك قال الكرخي
من اول كتاب الشركة من مختصره فاما غير ذلك من سائر الاموال مما كان يوزن
او يكال او لا يكال ولا يوزن فان عقد الشركة لا يصح بهذا في قول
ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى الا بعد الخلط الا انه قيل
بالمعنى اما الشيء لا يجوز عقد الشركة قبل الخلط باتفاق اصحابنا جميعا
فهو معنى قول صاحب الهداية ولا خلاف فيه بيننا قبل الخلط قال
الحاكم الشهيد في الكافي فاذا لم يخلطاه فليس بشريكين ولكل واحد منهما ما باعه
له ربحه وعليه وضيعته وقال في الحلف فان اختلطا بينهما شركة ملك
فان اراد ... فالربح والوضيعة بينهما على قدر المالين لانهما شركاء لا بالعقد الشركة

فلو خلطا ثم اشتركا فعن ابي يوسف انه لا يجوز الشركة يعني شركة العقد فلا يجوز
اشتراك الشركة يعني شركة العقد فلا يجوز اشتراط فضل الربح ويقسم بينهما بقدر
الشركة بعد الخلط يعني شركة العقد وقال الكرخي في مختصره وقال ابو يوسف وذلك
لا يجوز ولكل واحد منهما ما اشترط فيه قدر قيمة متاعه فان كانت القيمتان سواء فهما
نصفان وان كانت مختلفة فعلى حساب ذلك ولم يبين ان اعتبار القيمة يوم البيع
او يوم الخلط فقال في الشامل في قسم المبسوط فانما عاد بعد الخلط الثمن بينهما
على قدر قيمة متاع كل واحد منهما يوم خلطاه مخلوطا ثم قال والصحيح ان تقوم يوم
باعاه لانه لحق اشتمل المال اليد فيعتبر قيمته يوم البيع لقيمة المتلف يوم الاتلاف
فان كان احدهما زاد بالخلط خيرا اشترت بقيمته يوم القسمة غير مخلوط فقال
قيل الصواب يوم البيع فيقسمه غير مخلوط وقال في الكافية يعتبر القيمة يوم القسمة
فيما له مثل كالمكيل والموزون والمعدود الذي لا يتفاوت وفيما لا مثل له يوم
الشرا لانه لا يجوز ان يثبت مثله في الذمة لانه لا مثل فيعتبر يوم التركه او الحل
فيجب مثله في المال ثم وجه قول محمد في جواز شركة العقد بعد الخلط ان المكيل
والموزون عرض من وجه بدلالة ان كلا منهما يتعين بالتعيين وثمن من وجه من حيث
ان الشرا به دينا في ذمته صحيح فاشبه العروض ان كان منهما يتعين بالتعيين وبالثمن
من وجه لم تجز الشركة قبل الخلط ولشبهه الثمن جازت بعد الخلط عملا بالشبهين
بخلاف العرض فانه ليس له جهة الثمنية فلم تجز الشركة به بعد الخلط ايضا
ووجه قول ابي يوسف ان شرط جواز عقد الشركة ان يكون راس المال مما لا يتعين
بالتعيين وما يتعين فيه يتعين بالتعيين فلا ينعقد الشركة به ولا يكون شركة ملك
كما لا ينعقد قبل الخلط ولكان التعيين قبل الخلط وبعده جميعا **قوله** وحيلة
وصيغته فقال وضع التاجر وكسر في سلعته يوضع ووضعتها اي خسر
وقال قوم وضع يوضع مثل فعل يفعل ذكره في الجمهرة **قوله** ولو اختلفا جنسا
كالحنطة والشعير والزيت والسمن فخلطا لا ينعقد الشركة بالاتفاق اي لو اختلف
المالان جنسا ثم خلطاهما لا ينعقد الشركة ذكره هنا اتفاقيا كما تقدم من شان
مسئلة القدوري لانه اثبت اولا ان الشركة لا تنعقد قبل الخلط في الكيل
والموزون والعددي المتقارب بلا خلاف بين اصحابنا ثم اثبت الخلاف
بين ابي يوسف ومحمد ان الشركة هل تنعقد بعد الخلط ام لا وذلك فيما اذا كان
المالان من جنس واحد اما اذا كانا من جنسين كالحنطة والشعير والزيت
والسمن فقال لا تنعقد الشركة بالاتفاق ومحمد يحتاج الى الفرق لانه يقول
بانعقاد الشركة بعد الخلط في جنس واحد ولا يقول بانعقادها ان اعتبرت
عقد الشركة بعد الخلط في جنسين وفرقه ان المخلوط من جنس واحد
مثلي بدليل ان المتلف يضمن المثل بخلاف المخلوط من جنسين فانهما من ذوات
القيم بدليل ان المتلف يضمن القيمة كالعرض فيتمكن الجهالة لانه لا يمكن وصول

كل

كل واحد منهما الى تمام حصته من راس المال قبل القسمة فلم تنعقد الشركة للجهالة
بخلاف الجنس الواحد فان كلا منهما يمكن ان يصل الى تمام حصته من راس المال
قبل القسمة باعتبار المثل فانعقدت الشركة لارتفاع الجهالة **قوله** فاذا ربح الشركة
حكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء اما وجه عقد الشركة يعني ان شركة العقد
لا تنعقد اذا اختلفا بعد الخلط في جنسين اما شركة الملك فتثبت لاتحاد الاختلاط
المالين برضى صاحبيهما ومعنى قوله حكم الخلط قد بيناه في كتاب القضاء هي ان الحنطة
اذا كانت وديعة عند رجل فخلطها الرجل بشعير نفسه ينقطع حق المالك الى الضمان وكذا
اذا خلط المودع لكل بالحنطة من السمسم الوديعة بزيت نفسه ينقطع حق المالك
الى الضمان وقد بيناه في كتاب القضاء ثم نظر لان صاحب الهداية لم يذكر حكم
الخلط ثمه بل ذكره في كتاب الوديعة وانما ذكر حكم الخلط في كتاب القضاء في شرح
الجامع الصغير والله اعلم بصحة ما قال الا ان يقال انه بينه في كتابه الاخر فحمله
على ان صح ذلك **قوله** واذا ارادا الشركة بالعروض باع كل واحد منهما نصف ماله
بنصف مال الاخر ثم عقد الشركة اي قال القدوري في مختصره وهذه حيلة في
تجويز عقد الشركة بالعروض وبه صرح في شرح الطحاوي وهذا لانه قال
اولا ولا تنعقد الشركة الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقة وكان الامر
مضيقا على الناس ثم ذكر الحيلة في تجويز عقد الشركة بالعروض توسعة على الناس
وتيسيرا فقال واذا ارادا الشركة بالعروض باع كل منهما نصف ماله بنصف
مال الاخر ثم عقد الشركة ولا شك ان الظاهر من كلام القدوري هو شركة العقد
لا شركة الملك لانه قال عقد الشركة فقال صاحب الهداية وهذه شركة ملك
ولا يتقوله لما بينا ان العروض لا تصلح مال الشركة وهذا اعجب من صاحب
الهداية وبعيد دعوه عن مثله نصا لحقيقتنا اما النص فقد ذكر في
المبسوط ولو كان لاحدهما عروضا وللاخر دراهم فباع نصف هذا بنصف العروض
بنصف تلك الدراهم وتقابضا واشتركا شركة عنان او مفاوضة جاز وكذلك
لو كان لكل واحد منهما عروض فباع هذا نصف العروض بنصف عروض صاحبه
وتقابضا جاز ان يكونا ان شاءا متفاوضين وان شاءا عنانا وقد نص الحاكم الشهيد
في مختصره الكافي في باب بضاعة المفاوض على هذا فقال فان باعه نصف
العروض بنصف الدراهم وتقابضا ثم اشتركا شركة مفاوضة او شركة عنان
جاز ذلك الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله تعالى وقد اطلق المفاوضة والعنان في
هذه الشركة وهما من شركة العقود لا من شركة الملك وقال ابو بكر الرازي في شرحه
مختصر الطحاوي قال محمد اذا اراد الشركة في العروض باع كل واحد منهما
نصف عرضه بنصف عرض الاخر وتقابضا حتى يصير ذلك كله بينهما نصفين
ثم يشتركا من بعد ذلك فتكون الشركة جائزة قال ولو اشتركا هكذا مفاوضة جاز حكى
ذلك ابو الحسن الكرخي رحمه الله تعالى ثم قال ابو بكر الرازي وانما جازت
لانهما صارا في المال شريكين ولا يحتاج عند القسمة الى اعتبار القيمة لان
جميع ما يحصل من الثمن يكون بينهما نصفين الى هنا لفظ ابي بكر رحمه الله تعالى وانما

الحقيق فقوله اما في بيع العروض رأس مال الشركة قبل البيع لانه يبقى الربح
ما لم يقبض وقد حققنا في اول هذا الفصل بخلاف ما اذا باع كل واحد نصف
ماله بنصف مال الاخر حيث يجوز عقد الشركة لان نصف مال كل واحد منهما
يكون مضمونا على الاخر بالثمن فكان الربح الاخر ربح مال مضمون ثم تركا دخل
الشركة ان فساد العقد قبل البيع لجهالة رأس المال وقت القسمة لان العروض
لا تبقى بعينها للتصرف فيجب اعتبار رأس المال وقت القسمة باعتبار القيمة والقيمة
تعرف بالحزر والظن فكان مجهولا لانه جعل رأس المال وقت القسمة فوجب
جهالة في الربح وهذا المعنى معدوم هاهنا لانه وقت القسمة لا نحتاج الى
تقويم رأس مالهما لكونهما من جنس الثمن لان المشتري يكون مشتركا بينهما
على قدر ملكهما فيها فيعرض فيعرف كل منهما بكم شارك في المشترى من غير تقويم رأس
المال اذا ما تلى بالمبيع وما يعتبر عرض احدهما الاخر فيه اولا بقيمته يوم القسمة فيتبين
الحاجة الى التقويم يوم القسمة فيؤدي الى ما ذكرنا قوله وتأويلها اذا كانت قيمته
متساويتين على السواء اي تأويل ما قال القدوري من بيع نصف عرض احدهما بنصف
عرض الاخر فيما اذا كان المتاعان سواء ولو كان بينهما تفاوت بيع صاحب الاقل
بقدر ما يثبت به الشركة مثل ان يكون قيمة عرض احدهما اربعمائة وقيمة عرض الاخر
مائة يبيع صاحب الاقل اربعة اخماس عرضه بخمس عرض الاخر فيكون الربح لكل منهما بالمالين
ربح مال مضمون عليه وهذا فقطعه قوله قال واما شركة العنان فتنعقد
على الوكالة دون الكفالة اي قال القدوري في مختصره هذا عطف على قوله
واما شركة المفاوضة في اوائل كتاب الشركة وكانت العبارت على الوكالة تحقيقا
للمقصود من الشركة وهو تحصيل الربح بالتصرف وذلك لا يكون في مال
الغير الا بوكالة تقدمت الوكالة وقد مر بيان هذا مرة بعد مرة عند قوله
والضرب الثاني شركة العقود واخر كعبارة قوله وتنعقد على الوكالة والكفالة
فسكر التحقيق تحته وفائدته هذا ان كل واحد من الشريكين يكون وكيلا عن
صاحبه في بيع بالنقد والنسيئة ويشترى اذا كان في يده مال ناض من الشركة
وكذا اذا كان عنده مكيل او موزون فاشترى بذلك شيئا فلكل واحد
ان يبيع وان يدفع مضاربة لان المقصود تثمير المال وهذا طريق صالح
وعن ابي حنيفة انه لا يدفع مضاربة لانه يؤدي الى الاشتراك الغير في الربح والاخر
لم يرض ولاحدهما ان يوكل بالبيع والشرا لانه من جملة التجارة وكذا ذكر الكرخي
في شناوله واما لم تنعقد شركة العنان على الكفالة لان لفظ العنان لا يدل
على ذلك وانما ثبتت الكفالة في المفاوضة تحقيقا لمعنى المساواة التي دل
عليها المفاوضة اما العنان فانه ماخوذ من عن له اذا عرض سمي به لانه
شيء عرض في هذا الشيء على الخصوص على الوكالة دون الكفالة وقيل انه ماخوذ من
عنان الدابة لان الفارس يمسك العنان باحدى يديه ويتصرف بالاخرى
فكذا الشريك هنا شاركه في بعض ماله وانفرد بالباقي فيتصرف فيه ثم شركة
العنان قد تكون عاما وقد تكون خاصا اما العام فهو ان يشتركا في جميع

انواع

انواع التجارات واما الخاص فهو ان يشتركا في نوع خاص كالرقيق والثياب
او الحنطة وغيرها يعني اشتري قوله وهو ان يشتركا في نوع بر او طعام او يشتركا
في عموم التجارات قوله او يشتركا على نحو ما ذكر سبيل القطع تقديره اويشتركان
قوله كما سنبينه اشارة الى قوله اول الكتاب الشركة وشرطه ان يكون التصرف المعقود
عليه عقد الشركة قابلا للوكالة ليكون ما يستفاد بالتصرف مشتركا بينهما فيتحقق
حكمه المطلوب قوله ويصح التفاضل في المال هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لان الشان لا يقتضي المساواة فجاز التفاضل قوله ويصح التفاضل في المال
هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان العنان لا يقتضي المساواة فجاز التفاضل
قوله ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح هذا لفظ القدوري رحمه الله
تعالى في مختصره قال في الخلف قال زفر والشافعي لا يجوز اشتراط المساواة
في الربح والمال لا ان على التفاوت وعلى العكس بعيد فانه يجوز في الاسرار اذا شرطا
التفاضل في الربح مع التساوي في المال يصح وكذا اذا شرطا التساوي في الربح
مع التفاضل في المال يصح ان الربح تابع للمال فكان بحسبه والحنث وذلك لان
استحقاق احدهما زيادة من الربح بلا ضمان لان الضمان بقدر راس المال ولنا ان الربح
اصل حقيق عقد الشركة فيتقسط على مقدار راس المال كالولد وكاجرة ولنا ما روى
اصحابنا في كتبهم عن علي رضي الله عنه انه قال الربح على ما اشترطا الحادثه والوضيعة
على قدر المال ولان عقد يقصد به الربح تجارا استحقاق الربح فيه بالعمل كالمضاربة
ثم العمل قد يقع من احدهما اكثر من الاخر ولا يرضى بالتسوية في الربح فلا بد من القول
بصحة التفاضل في الربح ولان صاحب الاكثر المالين يجبر كانه قال للاخر اعمل
انت في مالك والربح لك وانا اعينك واعمل انت ايضا في مالي على ان لك ربع
ربحه وانا اعينك للاعانة ويكون بمعنى المضاربة فيصح على هذا الوجه قلت
اذا كان هذا العقد في معنى المضاربة ينبغي ان يبطل العقد لانه شرط العمل
على رب المال في المضاربة يبطل العقد قلت المال في المضاربة امانة في يد
المضارب وانما تتم الامانة اذا كانت التخلية بينها وبين الامين واشتراط العمل
على رب المال ينافي التخلية فيبطل العقد وهنا بخلاف الشركة فان كل واحد
من الشريكين كالاجير في مال صاحبه حيث يستحق بعمله في مال صاحبه ويجوز
للرجل ان يستاجر اجيرا اعينه على عمله فكذلك اشتراط العمل على رب المال
في الشركة فان قلت اذا شرط جميع الربح لاحدهما لا يجوز فكذلك اذا شرط الفضل
وللجامع العدول بالربح عن التقسيط على قدر المال قلت اذا شرط جميع
الربح لاحدهما خرج العقد عن موضوع الشركة والى كذلك اذا شرط الفضل
لانه لا يخرج عن موضوع الشركة بظهور الفرق ويبطل القياس بعضه قلنا
اذا شرط جميع الربح لاحدهما في المضاربة يبطل معنى لفظة المضاربة لانه لا يخلو
من احد الامرين اما ان شرط الربح للمالك او للعامل ففي الاول لا يكون للمال
مضاعفة وفي الثاني قرضا وهنا ايضا شرط لا يخرج العقد عن الشركة ومن المضاربة
معنا الى قرض باشتراطه العامل والى بضاعة باشتراطه لرب المال والضمير

فمراده اشتراطه راجع الى الربح في الوضعين جميعا والجواب عن قولهما ان الوضيعه
احد موجبي الشركه فتتبع لانهما ايضا انما مقصود بالشركه فلما لم يكن مقصود
بها كانت تابعة لقدر راس المال بخلاف الربح فانه مقصود بالشركه فيكون بحسب الشرط
متفاوتا قال صاحب التحفه ثم لا يخلو اما ان شرطا الربح بينهما نصفين
جاز بالاجماع اذا كان راس المال بينهما على السواء سواء شرطا العمل عليهما او على
احدهما لان استحقاق الربح بالمال او بالعمل وقد وجد التساوي في المال
وان شرطا الربح بينهما اثلاثا فان كان العمل عليهما جاز سواء كان فضل الربح
لمن كان راس ماله اكثر او اقل لانه لا يجوز ان يكون بزيادة حذاقته
فيكون الربح بزيادة العمل وان شرطا العمل على احدهما فان شرطا الفضل للذي
شرطا له فضل الربح جاز لانه عامل في ماله وربحه وعامل في مال شريكه
ببعض ربحه والربح يستحق بالعمل وان شرطا الفضل على الذي ربحا خاصة لا يجوز
لان هذا اشتراط لزيادة الربح بغير عمل ولا ضمان والربح لا يستحق الا بمال
او عمل او ضمان ولا يخفى عليك ان الانسب تجويزه اذا شرط الاكثر شرط العمل
اليه هنا انتهى كلام التحفه قوله الشركه في الاصل اي في اصل المال قوله وهذا
العقد يشبه المضاربه الى اخره هذا جواب عن قوله زفر والشافعي ان التفاضل
في الربح مع تساوي المال يؤدي الى ربح ما لم يضمن بطريق التسليم بيانه
ان هذا العقد اي شركة العنان يشبه المضاربه ويشبه شركة المفاوضه
اما الاول فباعتبار العمل ايضا اما الاسم فلان كل واحد من العنان الاسم
والمفاوضه يسمى شركه واما العمل فلان كل واحد يعمل في نصيب صاحبه
كالمضارب فعملنا بالشبهين فقلنا يصح اشتراط الربح من غير ضمان اشبه
المضاربه ولم يبطل العقد باشتراط العمل على صاحب المال لشبه الشركه
وهذا حاصل معنى كلام صاحب الهدايه ولما بطل لانه لم يجوز بعقد
الشركه ولما فيه نظر لانه لم يجوز عقد الشركه بالعروض فيقبل هذا لانه
يؤدي الى ربح ما لم يضمن فلو كان يجوز ربح ما لم يضمن باعتبار شبهه
المضاربه لجاز ايضا في العروض من الشبه فعلم ان ربح ما لم يضمن مخصوص
فيما اسلفنا او لا نسلم ان التفاضل انما جاز باعتبار العمل لان الربح يستحق
باحد الاشياء الثلاثه بالمال او العمل او الضمان وقد حصل العمل هنا
كما في المضاربه قوله فانهما يعملان اي الشريكين يعملان كل واحد منهما
في نصيب صاحبه قوله ويشبه الشركه اي عملنا بشبه الشركه قوله ويجوز
ان يعقدها كل واحد منهما ببعض ماله دون البعض اي قال القدوري
في مختصره اي يجوز ان يعقد شركة العنان كل واحد من الشريكين ببعض
ماله دون البعض بان يكون له مال اخر غير ما يكون عليه الشركه سوى
المال الذي اشتركا فيه وذلك لان المساواه في العنان ليست بشرط
لانه لا دلاله فيه عليها قوله ولا يصح الا بما بينا ان المفاوضه تصح
به هذا لفظ القدوري اعني لا ينعقد الشركه شركة العنان الا بما قلنا تنعقد المفاوضه به

ولا ينعقد

ولا ينعقد الشركه الا بالدراهم والدنانير والفلوس النافقه ولا تصح
بالعروض لانه يؤدي الى ربح ما لم يضمن وهو المراد من قوله للوجه
الذي ذكرناه يعني في اول هذا الفصل قوله ويجوز ان يشتركا ومن
جهة احدهما دنانير ومن الاخر دراهم هذا لفظ القدوري رحمه
الله تعالى قال صاحب الهدايه وكذا من احدهما دراهم بيض
ومن الاخر سود اي وكذا يجوز ان يشتركا من احد الشريكين دراهم
بيض ومن الشريك الاخر دراهم سود قال في الاسرار وكذلك
الصحاح والمكسوره خلافا لزفر والشافعي لهما ان الدراهم والدنانير
لما لا يختلطان فلا ينعقد بهما الشركه قياسا على الدراهم مع العروض
ولنا انهما مالان من جنس واحد من حيث الاثمان فينعقد بهما الشركه
كما اذا كانا من جنس واحد وعلى صفه واحده بخلاف الدراهم مع العروض
لان احد البدلين ليس من جنس الاثمان ولان اول هذا العقد توكيل
في التصرف واخره اشتراك في الربح فلم يشترط الاتحاد في المال ولا
الخلط كما في المضاربه فلو قال زفر الشركه في الجنسين تؤدي الى جهاله
الربح لان راس المال عند القسمه يستوفى بالقيمه وهي مجهوله فلا تصح
الشركه كالعروض قلنا لا نسلم الجهاله لان كل واحد منهما يمكنه ان يستوفي
ما اشترى له بعينه من غير قيمه بخلاف العروض فظهر الفرق قوله
ولا يتحقق ذلك اي الخلط قوله وتحقيقه اي تحقيق اشتراط الخلط
في جواز الشركه عند زفر والشافعي وعدم اشتراطه عندنا عند قوله
بجواز الشركه وان لم يختلط المال قوله وقال وما اشتراه كل واحد منهما
للشركه فهو له بثمنه دون الاخر اي قال القدوري في مختصره وهذا
لان لما ان شركة العنان تنعقد على الوكاله دون الكفاله فلا
يكون كل واحد منهما كفيلا عن الاخر الا ان انعقادها على الوكاله كان الشرى
وانما انه في البعض بطريق الاصاله وانه شريكه في البعض الاخر
بطريق الوكاله والعاقد في الشرى هو المطالب بالحقوق فلهذا توجه
المطالبه بالبدل دون شريكه قوله قال ثم يرجع على شريكه بحصته
اي منه قال القدوري ثم يرجع الذي اشتراه على شريكه بحصة شريكه
من الثمن يعني اذا ادى المشتري الثمن من مال نفسه لا من مال الشركه
لانه وكيل في نصيب صاحبه والوكيل اذا ادى الثمن من مال نفسه
يرجع على الموكل وكذا هنا ثم اذا كان لا يعرف اداء الثمن من مال
نفسه لا من مال الشريك الا بقوله فعليه اقامة البينه على ذلك وان عجز
عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه قوله واذا هلك مال الشركه او احد
المالين قبل ان يشتريا شيئا بطلت الشركه اي قال القدوري في مختصره
وهذا لان هلاك المال مبطل المعقود عليه فاذا فات المعقود
عليه لا يبقى العقد كما في البيع واما بفوت المعقود له فبفوات

المال لان المال هو المقصود في الشركة متعين وان كان لا يتعين في سائر
المعاوضات عندنا خلافا لزفر والشافعي ثم بطلان الشركة فيما بطلت
في الهلاك بطلت فيما قبله لان صاحبه لم يرض بمشاركته في ماله
الا بشرط ان يشركه في ماله ايضا فقد عدم هذا الشرط بهلاك احد
المالين فبطلت الشركة في المالين جميعا ثم الهالك يعتبر هالكا من مال
صاحبه حتى لا يرجع بنصف الهالك على الشريك الاخر لانه لم يبطل بهلاك
على الشركة حيث بطلت الشركة بهلاك المال وهذا ظاهر اذا هلك
في يد صاحبه وكذا اذا هلك في يد الاخر لان المال في يده امانة
فلا ضمان على الامين بخلاف ما اذا هلك بعد الخلط لانه يهلك على الشركة
لعدم التميز ثم قول صاحب الهداية بخلاف المضاربة والوكالة
المفردة لانه لا يتعين الثمنان فيها بالتعيين وانما يتعينان بالقبض
نظر لان النقود تتعين في المضاربة والشركة جميعا قبل القبض والتسليم
حتى اذا هلكت قبل التسليم بطلتا نص عليه في الزيادات وفي باب الوكالة
بالشيء يكون بغير عينه اي بخلاف الوكالة بالشيء يكون بغير عينه ايضا بخلاف
الوكالة فان النقود فيها لا تتعين قبل التسليم اما بعد التسليم ففي تعينها
اختلف المشايخ قال فخر الاسلام في شرح الزيادات في رجل وكل رجلا بان
يشتري له جارية بما في هذا الكيس وهو الف درهم او بالالف
درهم التي في هذا الكيس فاشتراها كما امره ثم تذكر ان ما في الكيس
دنانير او فلوس او اقل من الالف او لا شيء فيه فان الشراء جائز على الموكل
لان الوكالة لا يراد بها الا الامتثال فاعتبرت الوكالة بالشراء
بعقد الشراء الكامل وبيانه لا عند النقود لا تتعين في الشراء لم يتعين
في الوكالة بخلاف المضاربة والشركة فانها تتعين حتى اذا هلكت
قبل التسليم بطلت المضاربة والشركة بخلاف الوكالة لان المقصود
من الشركة الاشتراك والربح والتصرفات من ثمراته فلم تعتبر بالشراء
والبيع بل اعتبر بنفسه ليس بمعاوضة لكنه يعني اهله فتعين
النقود فيها فاما اذا اتصل التسليم في الوكالة ففيه قال بعض مشايخنا
يتعين فيها النقود وقال بعضهم لا يتعين واليه مال فخر الاسلام قوله
والوكالة المفردة احترازا عن الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة
وفي ضمن عقد الرهن فان النقود تتعين فيها قوله الثمنان اراد بهما
الدراهم والدنانير قوله فيجعل الهالك من المالين اي يجعل الهالك
هالكا من المالين قوله فان اشترى احدهما بماله وهلك مال الاخر قبل
الشراء فالمشترى بينهما على ما شرطا هذا لفظ القدوري رحمه الله تعالى
في مختصره وذلك لانه اشترى حين كانت الشركة قائمة بينهما لبقاء الملكين
بينهما ثم هلاك مال الاخر بعد ذلك لا يغير حكم الملك ثم اختلف

محمد

محمد والحسن ابن زياد فقال محمد هي شركة عقد حتى ان ايهما باعه جاز
وقال الحسن شركة ملك حتى لا يجوز لاحدهما ان يتصرف في نصيب الاخر
وجه قول الحسن ان الشركة التي عقداها ارتفعت بهلاك مال الاخر
والباقي ما هو حكم الشراء وهو الملك فلم يجز لاحدهما ان يتصرف في نصيب
الاخر ووجه قول محمد انه هلك احد المالين وقع بعد ما حصل له
المقصود من الشركة بالمال الاخر وهو الشراء فتمت الشركة في
المشترى وان كانت مرتفعة في الهالك ثم هلاك المال الاخر بعد تمام
الشركة لا يغير حكمها فجاز تصرف كل في نصيب الاخر لما كان
المشترى بينهما قال الله تعالى ويرجع على شريكه بحصته من ثمنه اي يرجع
بحصة الشريكين مما اشتركه وذلك لانه اشترى حصة الشريك
بالوكالة منه ونقد الثمن من نصيب الشريك عن مال نفسه والوكيل اذا
دفع الثمن من مال نفسه يرجع على الموكل فكذا ههنا قال هذه الشركة
شركة فيما اذا اشترى احدهما بماله ثم هلك مال الاخر اما اذا هلك
المالين ثم اشترى الاخر بماله فلا يخلو من احد الامرين اما ان يكون
الوكالة مصرحا بها او ثابتة في ضمن عقد الشركة فالاول مثل ان يشتركا
على ان ما اشترى كل واحد منهما فهو بينهما والربح فهو بينهما والربح
بينهما نصفين او اثلاثا والثاني مثل ان يشتركا على ان يشتريا ويبيعا
فما كان من ربح فهو بينهما نصفين او اثلاثا ففي الوكالة المصرح بها
يكون المشترى بينهما بحكم الوكالة المنصوصة لا بحكم عقد الشركة
لان الشركة بطلت بهلاك احد المالين فبقيت الوكالة المقصودة
فكان الشراء بالنيابة لهما والملك بينهما على ما شرطا ويرجع على شريكه
بحصته من الثمن فيكون الشركة شركة ملك لا يجوز لاحدهما ان يتصرف
على شريكه بحصته من الثمن في نصيب الاخر الا باذنه لان الملك
حصل بالوكالة والوكيل لا يتصرف في المشترى بدون اذن المالك
الموكل فكذا ههنا اما في الوكالة الثابتة في ضمن عقد الشركة يكون
المشترى لمن اشتراه خاصة لانه اشتراه بعد بطلان الشركة والوكالة
جميعا لان الوكالة كانت ثابتة في ضمن عقد الشركة فلما انتقضت
بطل ما كان في ضمنها تبعا قوله وهذه نسبة اشارة الى قوله حقيقة
اذا ادى من مال نفسه لانه وكيل من جهته في حصته قوله لما بينا اشارة
الى قوله لانه وكيل من جهته قوله وان كان ذكر مجرد الشركة
عطف على قوله ان صرحا بالوكالة قوله فاذا بطلت يبطل ما في ضمنها
اي فاذا بطلت الشركة بطلت الوكالة الثابتة التي في ضمن عقد الشركة
ايضا لما مر من البيان قوله قال ويجوز الشركة وان لم يخلطا المال
اي قال الله تعالى في مختصره وقال زفر لا يصح الشركة حتى يخلطا
المالين خلطا لا يتميز احدهما من الاخر وبه قال الشافعي رضي الله

عند كما في شرح الاقطع ووجه قولهما ان الربح فرع المال ثم الشركة في الربح
الذي هو الربح لا يكون الا بعد وجود الشركة في الاصل الذي هو المال
ولا يكون الشركة في المال بلا خلط لان الشركة هي الخلط وانما قلنا ان المال
اصل والربح فرعه لانه محل العقد هو المال والدليل على ان الربح فرع
المال ان الربح يضاف الى المال ويمكن ان يشترط شيء من راس المال
فلما ثبت هذا الاصل وهو ان الربح فرع المال والشركة في الفرع لا يكون
الا بعد الشركة في الاصل اشترطنا الاتحاد في الجنس والخلط دون التساوي
في الربح عند التساوي في المال ولم يجوز شرط التفضيل لاحدهما
قلنا انه عقد يقصد به الربح فلا يكون الخلط من شرطه كالمضاربة
والشركة لو قال لرجل اشتر عبدا بالف على ان يكون بيننا نصفين
ونقد له الاخر مثل ذلك فاشتريا عبدين صار كل واحد من العبدين
مشتركا بينهما من غير خلط فاذا حصلت الشركة هنا بلا خلط فلان
يجوز بلا خلط في عقد الشركة اولى لانه كم من شيء ثبت ضمنا ولا يثبت
نصا ولان الشركة في الربح فرع الشركة في العقد لان هذا العقد
اسمه شركة لانه لا يسمى بها غير ذلك من العقود كالنكاح والبيع ونحوهما
فلما حصلت الشركة في الاصل الذي هو العقد حصلت الشركة في
الفرع وهو الربح ايضا لتحقق معنى الاسم عقد الشركة فلم يشترط الخلط
بيان ذلك ان عقد الشركة يوجب التصرف لكل واحد من الشريكين
في نصيب الاخر بسبيل الوكالة ثم التصرف يكون سببا للربح فاذا
حصل الربح كان مستندا الى العقد لان العقد عقد الوكالة في التصرف
والتصرف حكم الوكالة على الربح والحكم يضاف الى العلة فكان الربح
مستندا الى العقد بهذا الطريق لا الى المال كما قالا ولما صح ان الربح
فرع العقد وقد حصلت الشركة في الاصل وهو العقد بلا خلط
حصلت الشركة في الفرع وهو الربح المستفاد من العقد فلم يكن
اتحاد الجنس شرطا ولا الخلط ولا التساوي في الربح وصحت شركة التفضيل
وان لم يوجد المال ولا نسلم ان الربح فرع المال الا ترى ان المضارب
يستحق الربح بلا اشتراك في اصل المال فاذا قالا موضوع عقد الشركة
خلط المالين فاذا لم يوجد الخلط لا يوجد مقتضى العقد فيفسد كما في
الصرف والسلم اذا لم يحصل القبض فيهما في المجلس وهو المانع
قلت لا نسلم ان موضوعه الخلط وهو عين النزاع ولئن سلم ذلك فهذا
في الاثمان لا يتعين فالشركة مع اختلاف تكون اما جهة حتى ياله سلب
المقصود الشركة في الربح والاعيان المشتركة فيها يحصل بلا خلط
فاذا لم يكن موضوعه الخلط فقد منع الشافعي فان قلت قبل
الخلط يبقى المالان متميزين فلا يصح الشركة في المتميزين كما في العروض

قلت

قلت لا نسلم ان علة فساد الشركة في الاصل عدم التميز ولا يصح الشركة
في المتميزين كما في العروض قلت بل العلة فيها انها ليست من جنس
الاثمان تفضي الى ربح ما لم يضمن بخلاف النقدين فتقديرنا نفعا في اول
التصرف قوله على ان يعمل بنصف بنزع الخافض اي بما له عماله وفي اجره العمل
قوله وهذا اصل اشارة الى قوله لان الربح فرع المال قوله لما ادى
لزفر والشافعي قوله حتى يعتبر اتحاد الجنس احتاج بكون هذا المذكور
اصلا لهما قوله ولان الدراهم والدنانير يتعينان لعين في الشراء الاول الشركة
اي لا يتعينان في حق الا مستحقا فاذا وجب الشراء بهما قوله في المستفاد
به اي بالتصرف قوله وهو الربح اي المستفاد هو الربح قوله بيده ايد
بعد دون الخلط قوله وصار كالمضاربة اي صار عقد الشركة كالمضاربة
ينبغي ان الربح في المضاربة يستحق بلا شركة في اصل المال فكذا ههنا في عقد
الشركة فلم يلزم من الاشتراك في الربح الاشتراك في اصل المال قوله
قال ولا يجوز الشركة اذا شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح اي قال
القدوري المذكور يعني يكون الربح لاحدهما خاصة وهو خلاف
مقتضى الشركة لان مقتضاها الاشتراك في الربح لا اختصاص واحد منهما
ونقل في الفتاوى الصغرى عن شيخ الاسلام خواهرزاده انه ذكر في
اول المضاربة الشركات لا تبطل بالشروط الفاسدة لانها بمعنى
الوكالة والوكالات لا تبطل بالشروط الفاسدة واذا اشترط في
المضاربة ربح عشرة او في الشركة تبطل لانه شرط فاسد بل لانه
شرط تنتفي به الشركة فان قيل في الشامل في قسم المبسوط اشترطا على ان
يكون الوضيعة لا على قدر المال بان جاء احدهما بالف والاخر بالفين
على ان يكون الربح والوضيعة نصفين فهي فاسدة يعني الشرط
فاسد لان راس المال امانة في يد الشريك والامانة لا يضمن
بالشرط كالوديعة والعقد جائز لان الشركة عقد جائز والشرط
لا يلزم في عقد جائز ولان المقصود الربح والفساد ما تعدى اليه
فان عملا على هذا الشرط فربحا فالربح عليهما اشترطا لما عرف والوضيعة
على قدر راس مالهما لان هلاك الامانة يكون على صاحب المال الى هنا
لفظ الشامل قوله ونظيره في المزارعة اي نظير ما قلنا من عدم
جواز الشركة ثابت في المزارعة وهو ما اذا اشترطا لاحدهما قفزانا
مسماة فهو باطل لانقطاع الشركة في الخارج اذا من شرط المزارعة
ان يكون الخارج مشتركا بينهما لانها تنعقد شركة في الانتهاء
قوله قال ولكل واحد من المتفاوضين وشريكي العنان ان يبضع المال
اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الشركة تنعقد على عادة
التجار ومن عادتهم الابضاع للتجار ولان كل واحد من الشريكين
ان يستاجر اجيرا على عمل يحصل منه الربح فلما كان له ولاية الاستيجار

وهو اعلى حالا من الابضاع وهو دونه لعدلاية الابضاع لان في الابضاع
تحصيل الربح وهو معنى قوله والتحصيل بغير عوض دونه اي دون الاستيجار
فيملكه اي يملك التحصيل بغير عوض وهو الابضاع دقوله والتحصيل
بغير عوض دونه بالرفع ولكن الحكم لكل واحد من الشريكين ان يودع مال
الشركة لان عادة التجار ربما لا يسلمن جرت كذا لكنا لحاكم الشهيد
في الكافي وليس له ان يبيع من الناس فان فعل فاما دفعا به فيطلب
تحت المستحبر فاما في عليه ان المجر ضامن لنصف قيمة الدابة لشريكه
ولكن الاستحسان لا اضمنه وهذا قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف
ومحمد وكذلك لو اجا دينا اوكان دسار اوكان او دار الى هذا الفظ الحاكم رحمه
الله قوله قال ويدفعه مضاربه اي قال القدوري في مختصره وقوله
ويدفعه بالنصب عطفا على قوله ان يبضع وهو رواية الاصل وروى
الحسن عن ابي حنيفة انه ليس له ان يدفع المال مضاربه لانها الخاص
الشركة في الربح وليس لشريك العنان ان يشارك غيره لان الشركة الثانية
مثل الاولى فلا يكون من اتباعها واحكامها حكمه المحرر له ان يدفعه مضاربة
الا اذا اذن على ذلك كا لمحرر ان يشارك غيره اذا اذن عليها وجه رواية
الاصل ان المضاربة دون الشركة فجاز ان يتضمن عقدا لشركة المضاربة
ولان لكل واحد من الشريكين ان يستاجر على العمل الا بالاجر مضمون
فاذا جاز له ذلك استئناده العمل باجر مضمون في الذمة بالطريق الاولى
لان رب المال لا يلزمه الاجر للمضاربة دانا قلنا ان المضاربة دون
الشركة لان المضارب لا يلزمه شيء من الوضيعة وانما يستحق
المضاربة ابي للمضارب شيء من الربح فاذا كان يجوز للمضارب ان يعمل
في مال المضاربة للشريك ان يعمله في مال الشركة لانه تصرف
الشريك اقوى من تصرف المضاربة ولعمر فيما جاز للمضارب جاز للشريك
بطريق الاولى قوله لان الشركة غير مقصود اي غير مقصود اي في المضاربة
قوله قال ويوكل من يتصرف فيه اي قال القدوري في مختصره وقوله
ويوكل بالنصب عطفا على قوله ان يبضع وذلك لان الشركة منعقدة على عادة
التجار وعادتهم توكيل الشريك من يتصرف في مال الشركة فجاز ذلك
او نقول المقصود من عقد الشركة التجارة لتحصيل الربح ولكل واحد من الشريكين
ربما لا يتهيأ له المباشرة بنفسه للتجارة فلا بد من التوكيل فيثبت
التوكيل فيثبت في ضمن التجارة تبعا لها بدلالة الحال فصار كان
كل واحد منهما امر صاحبه ان يوكل وليس لكل الوكيل بالشرا
حيث لا يكون له التوكيل لانه عقد خاص فيثبت مقصود التحصيل

شيء معلوم حبيبه ودفعته فلم يثبت في ضمنه تبعا ما هو مثله قال
الكرخي في مختصره قال محمد في كتاب الرهن اذا رهن احد شريكي العنان
متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن
بدين لهما ادياه وقبض لم يجز على شريكه من قبل انه لم ابطله ان
ارتهن فان ذلك الرهن في يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته
ويرجع شريكه بحصته على المطلوب ويضمن قيمة الرهن على المرتهن
وان شاء شريك المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك
الرهن في يده بمنزلة الاستيفاء قال الكرخي ايضا انه واذا باع
احدهما لم يكن للاخر ان يقبض شيئا من الثمن وكذلك كل دين وليه
احدهما فليس للاخر قبضه وللمدين ان يمتنع من دفعه فان دفعه اليه
برئ من حصته القابض ولم يبرا من حصة الدائن وليس لواحد
منهما ان يخاصم فيما اداه الاخر او باعه والخصومة للذي باع وعليه
قال فيما كان في الباب الذي قبل هذا الباب يجوز لاحد المتفاوضين
ان يرهن ويرتهن على شريكه ويجوز قبض كل واحد منهما لما اداه صاحبه
او اداه اذا وجب لهما على رجل من غصب او كفالة ادعى ذلك وكل
واحد منهما خصم عن صاحبه يطالب بما على صاحبه ويقام عليه البينة
ويستحلف على علمه فيما هو من ضمان التجارة الى هنا لفظه رحمه الله
تعالى في نجم بينه قوله قال ويده في المال يد امانة اي قال القدوري
في مختصره يعني ان يد كل واحد من المتفاوضين فيهما يد امانة
حتى اذا هلك المال في يده هلك بلا ضمان لان كل واحد منهما قبض مال
الشركة لا على وجه المبادلة على وجه الوثيقة فلا يكون مضمونا
عليه كالوديعة واحترز بقولنا لا على وجه البدل عن المقبوض على سوم
الشرا فانه مضمون بالقيمة لان القابض على سوم الشرا قبضه على وجه
البدل واحترزنا بقولنا لا على وجه الوثيقة عن الرهن فانه مضمون
بالاقل من قيمته ومن الدين لان المرتهن قبضه على وجه الوثيقة قوله
واما شركة الصنائع وتسمى شركة التقبل كالخياطين والصباغين
يشتركان على ان يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما فيجوز ذلك
وهذه مسئلة القدوري في مختصره ولا يشترط ان شركة الصنائع تسمى شركة
التقبل وشركة الاعمال وشركة الابدان لان العمل بالبدن يكون منهما
ايضا قد تكون مفاوضة ويكون عنانا على ما صرح به في شرح الطحاوي
اما المفاوضة فيها فهي ان يكونا جميعا من اهل الكفالة وان اشترطا
ما رزقهما الله تعالى فيما بينهما نصفين وان تقبلا العمل المفاوضة كان الشركة
بالاعمال واما العنان فيجوز سواء كانا من اهل الكفالة او لم يكونا
بعد ان كانا اهلا للتوكيل ثم اعلم ان شركة التقبل جائز عندنا
سواء اتفقت الصنعة او اختلفت فيشتركان او خياط مع صباغ

شركة على تقبل الاعمال من الناس او يعملا بأجر واستئجار قال وشرط
وهي جايزة بشرط انشاها في الصحيحة وقال زفر في رواية لا تصح اصلا
وبه اخذ الشافعي وجه عدم الجواز ان الربح نوع الغير ولا مال
هنا وقد مر بيان ذلك عند قوله ولا يجوز الشركة وان لم يخلطا المال
ولنا ان الناس في سائر الاعصار يتعاملون هذا النوع من الشركة وقد روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ما راه المسلمون حسنا
فهو عند الله حسن ولان المقصود من عقد الشركة تحصيل الربح
وتحصيل الربح يحصل بتوكيل كل واحد من الشريكين صاحبه بتقبل
العمل لان كل واحد من الشريكين صاحبه بتقبل العمل لان كل واحد
منهما اصيل في النصف وكيل في النصف الاخر فتحقق الشركة في المال
المستفاد ويجعل الشركة بينهم ثم اذا عملا فكل واحد يستحق ما يخص
عمله وهو كسبه وان عمل احدهما كان العامل معينا لشريكه فيما لزمه بالتقبل
فيقع عمله لكان الشريك استعان بما حتى عمل وهذا جايز لان المشروط
مطلق العمل لا عمله الصانع بنفسه لان القصار ما لو استعان بغيره او
استأجر غيره حتى عمل استحق القصار الاجرة لا يشترط اتحاد العمل
والمكان عندنا حتى اذا كان احدهما قصارا والاخر خياطا ونحو ذلك
وكانا في جاز عندنا خلافا لمالك وزفر اذا كان العمل مختلفا يعجز كل
واحد منهما عن عمل صاحبه فكيف يقبله لانه ليس ذلك من صنعته فلا
يحصل المقصود من الشركة ولنا ان المعنى المجوز للشركة تحصيل
الربح بالتوكيل والتوكيل يصح ممن يحسن مباشرة العمل ولا يحسنها
لانه لا يشترط على المتقبل اقامة العمل بيده بل له ان يستعين بغيره او يستأجره
فاذا لا يكون كل واحد منهما عن اقامة العمل عاجزا فكان العقد صحيحا قال
في الاصل في شرح المبسوط وان غاب احدهما او مرض وعمل الاخر يكون الاجر
بينهما وذلك لان عمله كعملهما قوله شركة لا يبقيه مقصودها اي مقصود
الشركة اضافة المقصود الى الشركة وان كان المقصود للشريكين لان
الشركة ملابسة بمقصودهما والاضافة بادنى الملابسة جايزة كقولهم خذ
طريقك لا احدهما لي للشيء وكقوله اذا كوكب الخرقاء لاح بسحرة
ومالهما النبع بمقصودهما بنسبة الضمير اي مقصود الشريكين
قوله معها الضمير اي المقصود التثنية يقال ثمر الرجل ماله اذا احسن
القيام عليه في الدعا ونثر الله ماله اي انماه قوله التحصيل اي تحصيل
الربح قوله ولا يشترط فيه اتحاد العمل والمكان خلافا لمالك وزفر ولا
يقال قد سبق لانه يشترط خلط المال فاذا كان كذلك لا يجوز عنده
مطلقا فلا يتاتى خلافه هنا نجوزها عند اتحاد العمل لانه لا اشتراط
خلط المال عن زفر رواية ذكرها شمس الايمة السرخسي في المبسوط

قوله وهو

قوله وهو ما ذكرناه اشارة الى قوله ولنا ان المقصود منه التحصيل وهو يمكن بالتوكيل
قوله ولو شرطا العمل نصفين والمال اثلاثا جاز وفي القياس لا يجوز ذكره هنا تفريعا
لمسئلة القدوري والمال المضروب والمراد منه الربح قال في شرح الطحاوي ويجوز
اشتراط الربح بينهما على السواء وعلى التفاضل ويجوز ان يكون احدهما احذق من الاخر
في العمل وعند زفر لا يجوز تفاضلهما في الربح لفظه وجه قول زفر ان الربح انما
يستحق باحد ثلثة اشيا اما بالمال واما بالعمل واما بالضمان والمستحق ههنا الاشيا
جميعا بما يخرجه فيكون اشتراط فضل الربح حراما اما المال فلانه ظاهر
لانه ليس بشركة الاموال واما العمل فلان العمل مشروط على الشريكين انصافا
فيكون زيادة الربح على النصف لم يوجد العمل واما الضمان فلانه يتقبل الاعمال
من كل واحد منهما يتقدر بعمله ويعمله من النصف فلا يوجد الضمان ايضا فيما زاد على
النصف فيكون شرط فضل الربح ربح ما لم يضمن وهو حرام لنهي النبي صلى الله عليه
وسلم فلم يجز فضل الربح كما في شركة الوجوه اذا كان المشترى بينهما نصفين
ووجه قولنا ان المنافع لا تتقوم الا بالشرط ويجوز ان يتقوم منافع احدهما بحق
فيه اكثر من تقوم منافع الاخر فكان الاحذق يستحق بعض العمل فضل الربح فلم
يحرم التفاضل ولان ما يأخذه كل واحد منهما بدل عمله واجرته لا ربح العمل في
الحقيقة لان الربح انما يكون اذا كان بين الربح وبين ذلك الشيء الذي هو بدله جنسية
ولا جنسية هنا بين المال والعمل فلا يكون المال ربح العمل بل بدله والعمل
يتقوم بتقدير التقويم فلا يحرم التفاضل بخلاف شركة الوجوه فان الربح ثمة يتفق
مع راس المال لان كلا منهما مال فاذا كان المشترى بينهما نصفين لم يجز اشتراط
فضل الربح لاحدهما لادائه الى ربح ما لم يضمن وهو لم يرد بجوازه الا في المضاربة
بخلاف القياس كما لو جاز اشتراط التفاضل في الربح مع التساوي في العمل
في شركة التقبل انما يجوز ان لو كانت عنانا اما اذا كانت مفاوضة فلا يجوز المفاوضة
قال في خلاصة الفتاوى ولو شرطا الربح ونصفه لاحدهما اكثر مما شرط للاخر
جاز عندنا لان العمل يتفاوت فقد يكون احدهما احذق فاشترط الاكثر لاحذقهما
عملا اختلف المشايخ فيه اي ههنا انه يقبل الصحيح انه يجوز ايضا لان الربح
يتقدر بضمان العمل لا بحقيقة العمل الا ترى الى ما نص الحاكم الشهيد في الكافي
فان غاب احدهما او مرض فلم يعمل وعمل الاخر فهو ايضا بينهما وقال في شرح
الطحاوي ولو ان رجلا اجلس في دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف قال
ان لا يجوز هذه الشركة لان من احدهما العمل ومن الاخر الحانوت فتكون مثل
الشركة بالعروض فلا يجوز الا استحسانا يجوز لان هذه شركة التقبل لان
تقبل العمل من صاحب الحانوت عمل فصارت شركة بالاعمال قوله فلم يجز ثمة
لنا دليله اي لنا دليله عدم جواز التفاضل في الربح ما لم يضمن وبيان اداته الى ذلك
مر انفا قوله وصار كشركة الوجوه اي صار عدم جواز التفاوت في الربح مع
التساوي في العمل في شركة التقبل كعدم جواز تفاوت الربح مع التساوي في
المشترى في شركة الوجوه لان الضمان يتقدر بالعمل اما اذا اشترطا التفاوت

في الربح انصافا شركة الوجوه الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي في شركة الوجوه
ويشترط ان يشترطا الربح بينهما على قدر ضمانهما قوله وما يتقبله كل واحد منهما من
العمل يلزمه ويلزم شريكه قال التمرتاشي في مختصره وبقاء به فان عمل
احدهما دون الاخر فالكسب بينهما بالضمان وهذا الذي ذكره القدوري من
لزوم القدوري ما يتقبله احدهما شركة ظاهر فيما اذا كانت شركة التقبل مفاوضة
اما اذا كانت عنانا فالقياس ان لا يكون كل واحد منهما مؤاخذا الا بحكم عقده لان
الشركة وقعت مطلقة عن الكفالة والكفالة في الشركة لا تثبت الا في المفاوضة
لا تقتضيها اما اذا نصا على المساواة فهنا تقتضي لمن يثبت فلا يثبت المقتضي في
الكفالة واما لو رتبت انتهى لان الشركة اذا اطلقت تكون عنانا لان العنان
هو المعتاد بين الناس وجه الاستحسان ان العمل الذي يتقبله كل واحد منهما مضمون
على صاحبه لان مقتضى الشركة توكيل من كل واحد منهما لصاحبه في تقبل العمل
فكان العمل مضمونا على صاحبه بتقبل الشريك الوكيل الا ترى ان صاحبه يستحق
الاجر بسبب ضمان العمل وان لم يوجد منه العمل حقيقة فكان العامل عاملا لنفسه
في النصف معينا لصاحبه في النصف الاخر فلما كان ما يتقبله احدهما مضمونا على
الاخر جرى ذلك مجرى المفاوضة في ضمان العمل واقتضاء البدل اي بدل
العمل وهو الاجرة لا غير حتى كان كل واحد منهما ان يطالب بالعمل وكان لكل واحد
منهما ان يطالب بالاجر ومع ذلك [illegible] القصار [illegible] الثوب الى صاحبه ودفع
الاجر من صاحب الثوب الى كل واحد منهما حتى يبرأ بذلك وهذا اما لو اقر
احدهما بثمن صابون او اجر اجير [illegible] فانه لا يصدق على صاحبه
الا باقراره [illegible] او ببينة عليه كما في التحفة [illegible] احدهما [illegible] على صاحبه
لان ذلك [illegible] بمقابلة ضمان العمل [illegible] قوله يطالب بالعمل يعني اللازم ويطالب
بالاجر بكسر اللام قوله ويبرأ الدافع اليه يعني الى الاخر على كل واحد منهما قوله وهذا
[illegible] كل واحد منهما قوله وهذا الظاهر [illegible] ما يتقبله كل واحد منهما شركة
قوله وفي غيرها اي في غير المفاوضة يعني العنان قوله ولهذا [illegible] مضمون
على الاخر قوله بسبب نفاذ تقبله عليه اي تقبل كل واحد منهما على الاخر قوله قال
واما شركة الوجوه فالرجلان يشتركان ولا مال لهما على ان يشتريا بوجوههما
ويبيعا فتصح الشركة على هذا الوجه قال القدوري في مختصره وذلك وقوله واما شركة
الوجوه عطف على قوله فاما شركة المفاوضة في اول كتاب الشركة قال في شرح الطحاوي
واما الشركة بالوجوه فهو ان يشترك الرجلان وليس لهما مال ولكن على ان يشتريا
بالنسيئة ويبيعا بالنقد فما حصل من الربح فهو بينهما فهذا جائز وانما سميت هذه
الشركة شركة وجوه لانهما اشتركا بوجوههما يعني [illegible] الناس فيبيع
الناس منهما السلعة بالنسيئة لامانتهما وقال بعضهم انما سميت هذه الشركة شركة الوجوه
لانه ليس لهما مال ولا عمل فجلس كل واحد منهما ينظر الى وجه صاحبه وقد تكون
هذه الشركة مفاوضة وقد تكون عنانا فالمفاوضة ان يكون الرجلان من اهل

ثمن

الكفالة وان يكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه وان يكون المشترى بينهما نصفين
وان يتلفظا بلفظ المفاوضة واما العنان منهما فهو ان يكون التفاضل فيه معا في المشترى
بينهما وينبغي ان يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان شرطا الربح بخلاف
الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما الى هنا لفظ الامام
الاسبيجابي فيه ثم اعلم ان شركة الوجوه جائزة عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لان
الربح فرع المال فان لم يكن المال موجودا لا ينعقد الشركة لانه لا يتصور الربح بلا
مال ولنا ان المسلمين تعاملوا ذلك في سائر الاعصار من غير نكير وقوله
عليه السلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن ولان المقصود من الشركة
تحصيل الربح وتحصيله ممكن بان يوكل كل واحد منهما صاحبه كما ثبت في شركة
التقبل ثم التوكيل بشراء المال على الشركة صحيح من غير احضار الثمن فكذلك
الشركة ابتداء من غير احضار الثمن ولا يقال لو اشتركا ابتداء بالمال ثم هلك
المال بطل الشركة فاذا اشتركا بغير مال ينبغي ان لا ينعقد كما اذا اشترى ابتياعا
فهلك المبيع بطل البيع فاذا اشتريا بجامع عدم لا ينعقد لانا نقول ذلك يبطل
بالوكالة فانه اذا وكله على شراء شيء بعينه [illegible] ثم هلك [illegible] يبطل الوكالة
ومع هذا اذا وكله بالشراء بثمن في الذمة جاز [illegible] العدم ابتداء لان الثمن
في مقابلة المبيع موجودا فكيف يقابله الثمن او نقول اذا ليس المال لم يرض [illegible]
الطالبه في النقد بل يعني ان تثبت الحق في المال العين [illegible] ثم اذا لم يبطل
الشركة بهلاك المال فيلزم ان يكون الحق في الذمة وهو لم يرض هذا بخلاف
الاشتراك بغير مال ابتداء فان كل واحد منهما رضي ان يكون الحق في ذمته
فلا جرم جاز ان ينعقد الشركة ثم صحة انعقاد شركة الوجوه بما قلنا لان الكفالة
تتضمن [illegible] لانه يجعل كل واحد منهما كفيلا عن الاخر ووكيلا عنه في الابدال
اعني في الثمن والمثمن الا انها اذا اطلقت تكون عنانا كما قلنا في شركة التقبل
لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف والمتعارف بين الناس هو العنان
لا المفاوضة ولهذا اذا اطلق الثمن في البيع يقع على غالب نقد البلد قوله قال
وكل واحد منهما وكيل الاخر فيما يشتريه قال القدوري في مختصره وذلك لان تصرف
كل واحد من الشريكين يقع عن نفسه وعن صاحبه بمقتضى الشركة [illegible]
لانه اما ان يكون بولاية عليه او وكالة منه ولا ولاية ثابتة فتعينت الوكالة
وهذا معنى قوله فيتحقق الاول قوله فان شرطا ان المشترى بينهما نصفان
فالربح كذلك ولا يجوز ان يتفاضلا فيه وان شرطا ان يكون المشترى بينهما
اثلاثا فالربح كذلك هذا لفظ القدوري في مختصره اعلم ان اشتراط
فضل الربح على قدر الضمان لا يجوز فان شرطا الفضل فيه لاحدهما بطل
الشرط وكان الربح بينهما على قدر ضمانهما وهنا لان ضمان الثمن اذا كان اثلاثا
بينهما مثلا وقد شرطا ان يكون الربح نصفين كان لصاحب الثلث ربح ما ضمنه
على غيره وهو السدس فيلزم [illegible] الربح [illegible] وهو حرام لنهي النبي عليه السلام

وسلم عنه بحقيقه ان استحقاق الربح اما ان يكون بالمال كرب المال في المضاربه
او بالعمل كالمضارب او بالضمان كرجل جلس على دكانه تلميذا يطرح عليه العمل
بالنصف حيث يستحق نصف الربح استحسانا ولا استحق الربح في الشرع بالواحد
من الوجوه الثلاثه ثم استحقاق الربح في هذه الوجوه بعينها ان التحق فاذا كان
الضمان نصف يكون اشتراطه فضل الربح على النصف ربح ما لم يضمن لا محاله
فلا يجوز وهذا كان في تحقيق المسئله وما قاله صاحب الهدايه فلا يصح
اشتراطه اي اشتراط الربح ما لم يضمن الا في المضاربه والوجوه ليست في معناها
اي هذه الوجوه ليست في معنى المضاربه لان المضارب يعمل في مال صاحبه
فهنا لا يوجد بخلاف العنان لانه في معناه الخ اي لان العنان في معنى
المضاربه من حيث ان كل واحد منهما يعمل في مال صاحبه فيلحق بها اي يلحق
العنان بالمضاربه فيجوز ربح ما لم يضمن في العنان كما في المضاربه لشبهه
بها وفيه نظر لان ربح ما لم يضمن لو كان جائزا في العنان لشبهه بالمضاربه
لصح الشركه بالعروض في العنان وحيث لم تجز هنا لا لما بها الى ربح ما لم
يضمن دل ان في العنان استحقاق الربح باحد الوجوه الثلاثه وهو العمل
فلا يكون فضل الربح مستحقا الا ربح ما لم يضمن وهذا مر بيانه عند قوله
ويصح ان يتساويا في المال ويتفاضلا في الربح **قوله** ولا يستحق ما سواها
اي لا يستحق الربح بما سوى هذه الاشيا الثلثه المذكوره وهي المال والعمل
والضمان **قوله** لعدم المعاني اشاره الى هذه الاشيا **قوله** على ما بينا اشاره
الى ما ذكر في كتاب الشركه بقوله لان الضمان بقدر العمل فالزياده عليه ربح
ما لم يضمن فلم يجز العقد لما بيناه الخ وما ذكر كل الوجوه **فصل**
في الشركه الفاسده شرع في الشركه الفاسده بعد فراغه من الشركه الصحيحه
لان الصحيح موجود اصلا ووصفا والفاسد موجود اصلا لا وصفا فكان تقديم ما كان
موجودا من كل وجه اولى **قوله** ولا يجوز الشركه في الاحتطاب والاصطياد
وما اصطاده كل واحد منهما او احتطبه فهو له دون صاحبه هذا لفظ القدوري
في مختصره قال صاحب الهدايه وعلى هذا الاشتراك في اخذ كل شي مباح
اي لا يجوز الاشتراك في الاشيا المباحه كاجتنا الثمار من الجبال والبراري
كالفستق والجوز وغير ذلك وطلب الكنوز من المعادن ونقل الطين من ارض
لا مالك لها او الملح او الجص او الكحل وما اشبه ذلك وكذلك ان اشتركا
على ان يلبنا من طين غير مملوك او يطبخا اجرا فان كان الطين او النوره
او سهلة الزجاج مملوكا واشتركا ان يشتريا ذلك ويطبخا ويبيعا جاز وهو
شركة الوجوه وانما لا يصح الشركه في الاشيا المباحه لان الشركه تتضمن الوكاله
وشرط تحقق الوكاله ان يكون الموكل به بحيث لا يملكه الوكيل بدون امر
الموكل وفي المباحات يملكها الوكيل بلا توكيل فلم تتضمن الشركه لعدم شرط الوكاله
وسبب تملك المباحات الحيازه وكل منهما باشر السبب فاذا حازها دخل هذا
سؤال الناس والتكدي فلا سبب الا كجهة مختصه ولكل واحد منهما ما اخذ

ملكا

ملكا له فيشتته له دون غيره ووصيته عليه وان كان الاخر اعانه في عمله وجه فله
اجر مثله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك في قول ابي يوسف وقال محمد يبلغ اجر مثله
بالغا ما بلغ وقول ابي يوسف استحسان الى هنا لفظه رحمه الله تعالى وقال في شرح
الطحاوي وكذلك هذا الاختلاف في المضاربه الفاسده اذا ربح فان الربح كله لرب
المال وللمضارب عليه اجر مثله بالغا ما بلغ عند محمد سواء ربح او لم يربح وعند ابي
يوسف له اجر مثله لا يجاوز به المسمى من الربح الى هنا لفظه قوله فكان له نصف
اجر المثل لانه عمل له بعقد فاسد قوله ثم قال محمد رحمه الله تعالى انه لا يمكن تنصيفه
اي تنصيف اجر المثل بنصف ثمنه المجموع لانه مجهول جهاله تتفاحش جنسا
دون ما حيث لا يدري اي نوع من الحطب يصيبان واي قدر يصيبان ولا يدري ان
ايضا هل يجد ما يعقد عليه عقد الشركه ام لا يجد فاذا كان كذلك لا يمكن ان يقال
ان المعين رضي بنصف المسمى من الحطب او اكثر معروفا لان الرضا بالمجهول
لا يتحقق فيما لا يجري الا ما بلغ الا ترى انه لو اعانه عليه ولم يصيبا شيئا كان له
الاجر بالغا ما بلغ فههنا اولى لانهما اصابا ووجه قول ابي يوسف رحمه الله تعالى
انه رضي بنصف ثمن المجموع فان كان ذلك مجهولا في الحال لانه يعلم في المال
فكان جهالته على شرف الزوال لانه على عرض ان يصير معلوما عند الجمع فاذا
كان واصابا الا سبيل الا نصف المجموع وقد فسد العقد كان له ادنى نصف ثمن
ذلك في قول ابي يوسف وقال محمد يبلغ رحمه الله انه رضي بنصف ثمن المجموع
فان كان ذلك مجهولا في الحال لانه يعلم في المال فكان جهالته على شرف الزوال
فانه على عرض ان يصير معلوما عند الجمع فاذا كان واصابا الا نصف المجموع
وقد فسد العقد كان راضيا بنصف ثمن المجموع في الانتهاء فلا تجاوز عن نصفه
لانه يعتبر رضاه في اسقاط حقه عن مطالبة الزياده الا ترى انه لو استاجره
ليحتطب له حطبا معلوما الى مكان معين فيها لا تجاوز اجر المثل عن المسمى وهو
النصف بكذا هنا بخلاف ما اذا لم يصيبا فان المسمى لا يمكن اعتباره لجهالته بالفاسد
حالا وما لا يوجب اجر المثل بالغا ما بلغ وكان صاحب الهدايه مال الى قول
محمد حيث قدمه في الذكر على قول ابي يوسف ولكن الحاكم الجليل الشهيد والشيخ
ابا الحسن الكرخي وشمس الائمه البيهقي صاحب الشامل قدموا ذكر قول
ابي يوسف على قول محمد كما يقتضيه الترتيب هذا اذا اعان احدهما واعانه
الاخر اما اذا اعملا جميعا وخلطاه فقد قال الحاكم في الكافي بعد ان
ما كان لكل واحد منهما ان كان كيليا او وزنيا على الشيء ان لم يمكن ذلك فان لم
يعرف القدر او صدق كل واحد منهما الى النصف ولم يصدق على الزياده
الا ببينه لانه في يد صاحبه الى هنا لفظ الحاكم في الكافي وقال في شرح الطحاوي
وان اختلفا فهو بينهما بعد دعوى كل واحد منهما الى النصف مع اليمين على دعوى صاحبه
قوله للحاكم الوارث الخ على صحه التوكيل فيقول نصف ثمن ذلك
بالربح لثبات مقام الشامل [illegible] لم يبلغ نصفا [illegible] واصله
ان الموكل به التعدي اليه فيرجع له [illegible] على المتعدي اليه

لكن لما اسند الفعل الى الصنف دون الحمار والجمهور ولم يكن ذكر الصنف
وامتنع على الحمار والجمهور كان الاسناد اليهما حقيقة جائزا وقد عرف في المفصل
قوله وقد عرف في موضعه اي في كتاب الشركة المبسوط قال الكرخي في مختصره وكذلك
اذا كان لهما كلب معلم ارسلاه جميعا كان ما اصاب بينهما وكذلك الكلب لاحدهما وكان
في يده فارسلاه جميعا كان ما اصاب الكلب لصاحبه خاصة وان كان لكل واحد
منهما كلب فارسل كل واحد منهما كلبه فاصابا صيدا كان بينهما نصفين وان اصاب كل
واحد منهما صيدا على حدة كان له خاصة قوله قال وان اشتركا ولاحدهما
بغل وللاخر راوية ليستقي عليهما الماء والكسب بينهما لم تصح الشركة والكسب كله الذي
استقى وعليه اجر مثل الراوية ان كان صاحب البغل وان كان صاحب الراوية
فعليه اجر مثل البغل اي قال القدوري في مختصره وانما فسدت الشركة
لانعقادها على احراز مباح وهو الماء فيما مثل هذا ان الشركة في المباحات
باطلة كالاصطياد فاذا كانت فاسدة كان الكسب للمستقي خاصة كما في الشركة
في الاصطياد يكون الصيد للصائد ثم المستقي يجب عليه اجر مثل البغل
او الراوية لصاحب البغل ولصاحب الراوية لانه استوفى بعقد فاسد منافع
ملك الغير ورويت القوم اذا استقيت لهم والبعير الذي يحمل عليه الماء الراوية
وكثر ذلك حتى سموا المزادة راوية كذا قال ابن دريد والمراد هنا المزادة
وقال ابو عبيد المزادة لا تكون الا من جلدين تام بجلد ثالث بينهما
لتتسع والجمع مزاد ومزايد وقد قال اصحابنا رحمهم الله تعالى واذا اشتركا
ولاحدهما بغل وللاخر بعير على ان يواجرا ذلك فما رزقهما الله منه من شيء فهو
بينهما نصفان فهذا فاسد لان هذه شركة وقعت على اجارة الدواب
لا على تقبل العمل لان تفسير هذا ان يواجره لصاحبه بمنافع دابته ليكون
له بينهما ولم يجز اجماعا فاذا كانت الشركة فاسدة فلذلك اخذ كان اجرهما
في عمل معلوم قسم الاجر بينهما على اجر مثل البغل وعلى اجر مثل البعير لان الشركة
لما فسدت والاجارة صحيحة لانعقادها على منافع معلومة ببدل معلوم
كان الاجر مقسوما على قدر اجر مثل كل منهما لانه بمقابلة الاجرة
ينقسم على قيمة المنافع كانقسام الثمن على قيمة المبيعين المختلفين ولو تقبلا
حمولة معلومة باجر معلوم ولم يواجرا البغل والبعير فحملاها عليهما
فالاجر بينهما نصفان لان الحمل صار مضمونا عليهما بالعقد فكان البدل
على قدر الضمان ولم يعتبر زيادة حمل البعير على البغل كما لا يعتبر في
شركة التقبل بكثرة عمل احدهما وان اجر البعير بعينه كان الاجر لصاحبه لانه
هو العاقد وان كان الاجر اعانه على الحمولة والنقل كان له اجر مثله لا يجاوز
نصف الاجر اه كذا حكيه في قول ابي يوسف وقال محمد له اجر مثله بالغا
ما بلغ وجه الخلاف عرف في اول الفصل ولو ان قصارا له اداة القصارة
وقصار لا بيت له اشتركا على ان يعملا باداة هذا في بيت هذا على ان الكسب
بينهما نصفان كان جائزا لان الشركة وقعت على التقبل لا على الاداة والبيت

تكون

تكون هذه شركة تقبل وانها جائزة وكذلك سائر الصناع نحو الخياطين
والصباغين ولو ان رجلا دفع دابته الى رجل يواجرها على ان ما اجرها به
من شيء فهو بينهما نصفان كانت الشركة فاسدة والاجرة لصاحب الدابة وللاخر
اجر مثله وكذلك في السفينة والبيت لانه نفذ في هذا كانه قال اجر دابتي لتكون
اجرها بيننا ولو صرح بهذا كانت فاسدة فكذا هذا اعطى الاجر كله لرب الدابة
لان العاقد عقد العقد على ملك صاحب الدابة بامره وللعاقد اجر مثله
لانه لم يرض ان يعمل له مجانا ولو دفع اليه دابة ليبيع عليها البر والطعام وعلى ان
الربح بينهما نصفان كانت الشركة فاسدة والربح لصاحب البر والطعام ولصاحب
الدابة اجر مثلها لان العامل استوفى منفعة الدابة بعقد فاسد فكان عليه
اجر مثلها والربح للعامل وهو صاحب البر والطعام لانه نماء ماله والمسائل جميعا
مذكورة في مختصر الكافي للحاكم ومختصر الكرخي وشرح القدوري وغيرها
والباقي يعلم بتمامه قوله وكل شركة فاسدة فالربح فيها على قدر المال ويبطل شرط
التفاضل مثل هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الشركة لما فسدت
كان الربح معتبرا بقدر المال لان استحقاق زيادة الربح بالتسمية وقد بطلت
التسمية لفساد العقد لكونه واجب الدفع فصار كانه لم توجد اصلا فبقي
الربح تابعا للمال فصار يتقدر بقدر المال قوله فيتقدر بقدره اي يتقدر
الربح بقدر المال مثله كما ان الربح تابع للبذر في المزارعة الريع النماء والزيادة
كذا في المجمل قوله واذا مات احد الشريكين او ارتد ولحق بدار الحرب بطلت
الشركة هذا لفظ القدوري في مختصره وانما بطلت الشركة بموت احدهما لان الشركة
تنعقد على الوكالة سواء كانت مفاوضة او عنانا والوكالة تبطل بموت
الموكل كما تبطل الوكالة بالموت بطلت الشركة ايضا لان المشروط يفوت
بفوات الشرط وهو ان يكون كل واحد منهما وكيلا عن الاخر شرط انعقاد
الشركة الا ترى ان الشركة لا تنعقد فيما لا تصح فيه الوكالة كالاحتطاب
والاصطياد ولان العقد اذا كان غير لازم كان لبقائه حكم الابتداء
والشركة بهذه المثابة ثم الشركة لا توجد ههنا بين الحي والميت ابتداء فكذا
بقاء ولا فرق بين ان علم الشريك موت صاحبه او لم يعلم لانه عزل حكمي
فلا يشترط فيه العلم بخلاف العزل القصدي حيث لا يصح ما لم يعلم الاخر لانه
يشترط فيه العلم ثم لما ثبت بطلان الشركة بالموت ثبت بطلانها بالارتداد
اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضي به لانه موت حكمي الا ترى انه يقسم
ماله بين ورثته ثم الشركة في العزل القصدي تنفسخ اذا كان مال الشركة
عينا اي دراهم او دنانير ولو كان مال الشركة عروضا وقت الفسخ فقد
ذكر الطحاوي في مختصره انه لا ينفسخ وجعله بمنزلة المضاربة وقال الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي لا رواية عن اصحابنا في الشركة وانما الرواية في المضاربة
وهي ان رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان
مال المضاربة وقت النهي دراهم او دنانير صح النهي وان كان راس المال دراهم كان له

ان يصرفوا الى الدراهم وان كان راس المال دنانير كان له ان يصرف
الدراهم الى الدنانير وليس له ان يشتري بها عروضا وان كان راس المال عروضا
وقت النهي فلا يصح نهيه فيجعل الحادث في الشركة بمنزلة المضاربة وبعض
مشايخنا فرقوا بين المضاربة والشركة فقالوا لو فسخ الشركة وان كان راس
المال عروضا بخلاف المضاربة لان مال الشركة في ايديهما جميعا وولاية التصرف
فيه اليهما جميعا فيملك كل واحد منهما نهي صاحبه عينا كان المال او عرضا
واما مال المضاربة فانه في يد المضارب وولاية التصرف اليه لا الى
رب المال فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار المال عرضا كذا في
فتاوى الخجاندي وقال في المبسوط وكذا لو لحق واذا ارتد احد المتفاوضين
ان لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحوقه انقطعت المفاوضة والعنان
بانا جن او ذبح سيما فلا شركة بينهما لان الحكم بلحاقه حكم بموته حكما وان لم
يقض القاضي بلحاقه بدار الحرب انقطعت المفاوضة والعنان بينهما
على سبيل التوقف بالاجماع فان عاد مسلما قبل ان يحكم الحاكم بلحاقه
بدار الحرب يكون على الشركة وان مات او قتل انقطعت الشركة وان لم
يلحق بدار الحرب انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف وان لم يقض
القاضي بالسلطان حتى اسلم عادت المفاوضة وان مات بطلت المفاوضة
من وقت الردة واذا انقطعت المفاوضة على سبيل التوقف هل يبقى عنانا
عند ابي حنيفة لا وعندهما يبقى عنانا قوله على ما بيناه من قبل اشارة
الى ما قال في باب احكام المرتدين من قوله ولنا انه باللحاق صار من اهل
الحرب وهم اموات في حق احكام الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما هي منقطعة
عن الموتى فصل قوله وليس لاحد الشريكين ان يؤدي زكاة مال
الاخر الا باذنه هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الشركة لتحصيل
الربح وتثمير المال واداء الزكاة ليس فيه تثمير فليس لكل واحد منهما ان يؤدي
زكاة صاحبه حتى اذا ادى ضمن نصيب صاحبه لانه ادى بغير امره قوله
فان كان اذن كل واحد منهما لصاحبه ان يؤدي زكوته فادى كل واحد منهما
فالثاني ضامن علم باداء الاول او لم يعلم هذا لفظ القدوري في مختصره
ايضا وهذا قول ابي حنيفة رضي الله عنه وعند صاحبيه لا ضمان على
الثاني اذا لم يعلم باداء الاول وقد ذكر في بعض المواضع انه لا يضمن
عندهما علم او لم يعلم كذا نقل الامام المحبوبي ثم ضمان الثاني خاصة
اذا اديا على التعاقب اما اذا اديا معا فكل واحد منهما يضمن نصيب
صاحبه الاخر الى ما قال في الشامل في قسم المبسوط المتفاوضان
امر كل واحد منهما صاحبه ان يؤدي زكوة ماله فاديا معا ضمن كل واحد نصف
ما ادى كذا نقل صاحب الاجناس عن الاصل في كتاب الزكاة وفي زيادات
منتقى ضمن كل واحد منهما امر صاحبه اما مال الحول ان يؤدي زكاة ماله
فاديا معا ضمن كل واحد منهما حصة صاحبه مما ادى سواء علم باداء صاحبه او

او لم يعلم من قول ابي حنيفة وجاز ان يكون كل واحد منهما ما اداه عن نفسه
ويرجع على الاخر في اداء نصيبه اداه الا انه لم يكن مأمورا به وصار كمن
ادى زكاته بغير امره لم يجز وقد اعتبر من عليه الزكاة ان كل واحد تسقط
عنه بعد ادائه فيعتبر ما قد عليه فحال ما يؤدي عنه الوكيل لم يعلم بسقوط
الزكاة عن موكله فلم يجب على الوكيل الا ما اجب عنه انه امره
باداء الزكاة عنه في حالة استقرار الزكاة على الاخر وفي حالة ما يؤدي
الموكل عن نفسه الزكاة فهي حالة بطلان الزكاة وسقوطها عنه فلا يوصف
في ضمن الحالة انها حالة استقرار الزكاة فكان اداؤها على غير الوجه
المأذون فكان مخالفا لما امر لذلك ضمن وجه قولهما ان الثاني لا يضمن
اذا لم يعلم باداء الاول لانه اداه بالامر ولا ضمان مع الامر وهذا
لا يعرف الاول ولا يلزم العزل من مباشرة الامر بنفسه قبل العلم
بناء على العلة النضجية عقيبه انه وضع الوكيل تمليك جزء من المال
من الفقير لا ابقاء ملكه لان وقوع الزكاة يتعلق بنية الموكل والمرء
لا يكلف بالنية وسعه ذلك الموضع الثاني وان لم يقع ما اداه زكوة
وهذا كما ذكر في كتاب الاصل لو دفع الف درهم الى رجل وامره ان
يتصدق به ثم تصدق الموكل ثم ان الوكيل تصدق فانه لا يضمن
اذا لم يعلم باداء الموكل وجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ان كل
واحد منهما مأمور باداء الزكاة عن صاحبه في اداء الثاني ليس بزكاة
لانها سقطت باداء الاول ولا يكون الثاني مخالفا فيضمن وقد
كلاهما فيضمن الثاني مع الاول في حق الضمان لان الاول
ليس بمخالف حين اداه وهذا معزول حكما في حق الاول
وهذا لان العزل الحكمي لا يتوقف على العلم كما في العزل بموت
الموكل والمتعدي العقدي يحل العلم كما في نسخ الشريعة يظهر الترف
ويظهر التباين ولان مقصود الامر من اداء الوكيل الزكاة هو
الخروج عن عهدة الواجب فاذا اداها الامر بنفسه حصل
المقصود فمتى كان اداء الوكيل بعد ذلك عن المقصود فكان معزولا
علم او لم يعلم فيضمن نصيب الامر وعلى هذا الخلاف المامور باداء
الزكاة اذا ادى بعد ما ادى الامر والجواب عن مسئلة الكتاب فالصاحب
الاجناس من اصحابنا من قال ان هذا الجواب على قولهما فاما
على قول ابي حنيفة يضمن الوكيل في جميع الاحوال قيل هذا الاختلاف
ابو حنيفة الى الشرف ولم قال لا يضمن كما ذهب اليه بعض اصحاب
حسبه عاج الى الشرف وجه ما قالوا انه امره فرفضا الذي هو
مصرفه فيتحمل ذلك فلا يلزمه الضمان وفي مسئلتنا امره بان يقع

الزكاة ولم يفعل ذلك فلزمه الضمان بيانه ان الدين ثابت في الذمة وذلك
لا يمكن تسليمه وما يدفع على وجه القضاء يصير مضمونا على القابض فالضمان
تقاصا قوله فهذا اذا اديا على التعاقب اشارة الى وجوب الضمان
على الثاني خاصة قوله ضمن كل واحد منهما نصيب صاحبه اي عند ابي
حنيفة رضي الله عنه لانه ضمان اذ الرجوع باداء صاحبه وقد عرف في
مختصر الكافي قوله لان الظاهر انه لا يستلزم الضرر الا بالدفع وبيانه
انه تعالى ملكه في صرفه له صورة ومعنى بدفع الوكيل بسبيل الزكاة
عنه ذلك وبقيا وه في تعيين الواجب ضرر ايضا وهو لم يستلزم نفع
الوكيل فلا الا لدفع ضرر آخر وهو اسقاط الواجب عن ذمته
... ان المقصود من الامر باداء الزكاة اخراج النفس عن عهدة
الواجب فيحصل المقصود باداء الامر نفسه فخرج المأمور بعد
ذلك قوله واما دم الاحصار فقد قيل على هذا الخلاف هذا جواب
سؤال ان يقال لا نسلم ان المأمور يدفع دم الاستحصار
لا يضمن اذا ادى بعد الاحصار بل يضمن عند ابي حنيفة ولئن
سلمنا انه لا يضمن بالاتفاق فنفرق ونقول دم الاحصار ليس
بواجب لا محالة لانه اذا صبر الى ان يزول الاحصار لا يطالب
بدم الاحصار فلم يكن امرا مقصودا فلم يمكن ان يقال ان المقصود
حصل بفعل المحصر فيقبل فعل المأمور ونجزي فعل المأمور عن
المقصود بخلاف اداء الزكاة فانه واجب فكان اسقاط الواجب
امرا مقصودا فيحصل هذا المقصود باداء الآمر نفسه
فنجزي فعل المأمور المقصود وهو الغرض قوله قال
واذا اذن احد المتفاوضين لصاحبه ان يشتري جارية فيطأها
ففعل فهي له بغير شيء عند ابي حنيفة رضي الله عنه وقالا يرجع
عليه بنصف الثمن قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع
الصغير ذكر في كتاب الشركة مثل قولهما من غير خلاف وانما
ذكر قول ابي حنيفة في هذا الكتاب خاصة لهما ان الشراء وقع
للمأمور خاصة بدليل حل الوطء له ثم هو قضى دينه وهو
ثمن الجارية من مال الشركة فيرجع عليه صاحبه بنصف الثمن كما
اذا اشترى طعاما رزقا لاهله او كسوة وادى الثمن من
مال الشركة حقيقته ان الحاجة الى الوطء من الحوائج الاصلية
الا انها ليست بلازمة كالطعام فلم يكن مستثناه بلا اشتراط ثم لما
جاء التصريح بالحاجة الى الوطء الحقت الحاجة الى الطعام فوقع
شراء الجارية للشريك المشتري خاصة ولابي حنيفة رضي الله عنه
ان شراء الجارية وقع على الشركة لتضمنه عقد المفاوضة فيما ادى
المشتري من ثمن ما وقع على الشركة من مال الشركة فلا يرجع عليه صاحبه

تم بحير الشامي

كا

كان المشتري قبل الاذن فادى الثمن من مال الشركة حيث لا يثبت
الرجوع بكون هذا الاذن اذن الامر بقضاء نصيبه للمأمور لان
الوطء لا يحل الا بالملك وقد علما انه احل له وطئها ولم يذكر عوضا وكان
تمليكا لنصيبه بغير عوض وقوع الشراء على الشركة حكاية قال اشتر جاريته
بيننا وقد وهبت نصيبي منها لك فجازت الهبة في الشائع لان الجارية
مما لا ينقسم بخلاف شراء الطعام والكسوة حيث يقع للمشتري خاصة
لان ذلك مستثنى من تضمنه عقد الشركة للضرورة ولان الحاجة
اليها اصلية لازمة فاذا ادى الثمن من مال الشركة كان قاضيا دينه
نفسه خاصة من مال الشركة فيرجع عليه صاحبه بنصف الثمن من مال
الشركة وفيما نحن فيه قضى دينا عليهما لان الشراء وقع على الشركة من البائع
يطالب ايهما شاء بالثمن لان للمشتري لزمه الدين بالتجارة وما يلزمه
بالتجارة يلزم صاحبه لان كل واحد من المتفاوضين كفيل الآخر وصارت
الجارية المشتراة للوطء بالاذن كالطعام المشترى فاستعمل الجارية
نحو الوطء الحقير فاخذ المستحق بالخيار ايهما شاء وتقدم ذلك عند
قوله وما اشتريه كل واحد منهما يكون على الشركة قوله لانه ادى دينا
عليه اي لان المأمور ادى دينا على نفسه خاصة قوله لا يملكان تغيير
اي الشريكان لا يملكان تغيير مقتضى الشركة ومقتضاها ان يقع الشراء
على الشركة قوله ولا وجه الى اثباته بالبيع بغير لا وجه الى اثبات
الملك بسبب البيع الذي حصل بين مالكي الجارية يعني لا يمكن ان يقال
ان حل الوطء للجارية ثابت بدليل انه اشترى جميعها لنفسه لان وقوع
الشراء له خاصة مخالف مقتضى الشركة فلم يكن القول بكون الشراء
سببا لحل الوطء فاتى القول بكون الهبة سببا له لا بها ثبت في ضمن
الاذن فالاذن بالجماع ايضا باذن الشريك يعني ذلك هبة لحل
الوطء فالهبة انما تثبت بعد الشراء قوله لما بينا انه مخالف مقتضى الشركة
اشارة الى قوله حرفا على مقتضى الشركة قوله بخلاف الطعام والكسوة
متصل بقوله ولان الجارية دخلت في الشركة قوله فيثبت
الملك له خاصة اي للمشتري فانما رجع الضمير اليه وان لم يذكر للظهور
فيه لان الشهود قائمة مقام الذكر قوله وفي ... ايهما اشترى
احد المتفاوضين الجارية للوطء باذن الآخر فهذه المسألة مذكورة
في كتاب القضاء في الجامع الصغير وذكرها في المبسوط في كتاب
الشركة والله اعلم **كتاب الوقف** مناسبة الوقف بالشركة
من حيث ان الانتفاع في كل واحد منهما بالفاضل على اصل المال لان
المقصود من الشركة تحصيل الربح وهو زائد على رأس المال كالريع في
العقار زائد عليه والاصل في جواز الوقف ما روي في جامع الترمذي
مسندا الى ابن عون عن نافع عن ابن عمر قال اصاب عمر ارضا بخيبر فقال

يا رسول الله اصبت مالا بخيبر لم اصب مالا قط انفس عندي منه فما تأمرني
قال ان شئت حبست اصلها وتصدقت بها فتصدق بها عمر انها لا تباع اصلها
ولا توهب ولا تورث فتصدق في الفقراء والقربى والرقاب وفي سبيل الله
والضيف لا جناح على من وليها ان ياكل منها بالمعروف او يطعم صديقا غير متمول
فيه قال فحدث لمحمد ابن سيرين فقال غير متأثل مالا وروى الترمذي ايضا
مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال
اذا مات الانسان انقطع عمله الا من ثلاث صدقة جارية وعلم ينتفع به وولد
صالح يدعو له وحدث محمد بن الحسن في الاصل الخبر باسناده الى صخر بن جويرية
عن نافع مولى عبد الله ابن عمر ان عمر ابن الخطاب كانت له ارض تدعى ثمغ وكان
نخلا نفيسا فقال يا رسول الله اني استفدت مالا وهو عندي نفيس
افاتصدق به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تصدق باصله
لا يباع ولا يوهب ولا يورث ولكن لينفق ثمره قال فتصدق عمر في سبيل
الله وفي الرقاب والضيف والمساكين وابن السبيل ولذي القربى ولا جناح
على من وليه ان ياكل بالمعروف او يوكل صديقا له غير متمول منه قال
محمد فيه اباحة ان يتصدق به في حياته وصحته كان ذلك من ثلثه فاما
لو صنعه فكان لا يجيز ذلك الا ان يجعله وصية بعد موته وذكر النسفي
في الكافي في حديث عمر انه قال في وصيته ان توفيت وفي يدي صرمة
ابن الاكوع فسنتها سنة ثمغ قال الصرمة ها هنا قطعة من النخل والقطعة
من الابل ايضا ومعناه اذا كانت صنيعة قال النسفي في قول عمر
كان وقفه نزل ثم اراد تغيير الوقف بعده وشرط بعد ترك به نحو
شرط جوازه ثم حكمه اما تفسيره لغة فنقول الوقف الحبس من قولهم
وقفت الدابة اذا حبستها من السير قال صاحب الجمهرة الوقف
مصدر وقفت الدابة اقفه وقفا وكل شيء وكذلك كل شيء حبسه وقفا
هو ما جاء على فعلته ففعل قال ابن الجني في شرح النسفي اخبرني ابو علي
الفارسي عن ابي بكر عن ابي العباس عن ابي عثمان قال يقال وقفت
داري وارضي ولا يعرف اوقفت في كلام العرب وفي عرف الشرع يراد
به حبس مخصوص وهو الحبس عن النقل من ملك الى ملك لا كل حبس ولما رأينا
بعض الاقسام للشيء الايه فيه اختلاف قال ابو يوسف الوقف بمجرد
وهو بمجرد قوله وقفت ارضي هذه او داري هذه فقال محمد وهلال
الرأي ان الوقف لا يتم الا بعد التذكر بما يتصل جعلتها صدقة او موقوفة
على المساكين وقال الخصاف واهل البصرة ان الوقف لا يتم بقوله جعلت
ارضي او داري صدقة موقوفة ما لم ينقل على المساكين لان جواز الوقف
متعلق بالتأبيد الا ان ذكر الفقراء ذكر للتأبيد لانهم لا ينقطعون ابدا
فحمد قول ابي يوسف ومحمد وهلال الرأي ان التأبيد كما يثبت
بذكر الصدقة ايضا لانه لا يحتمل الفسخ هنا وما قال شيخ الاسلام جواهر

زاده

زاده في مبسوطه ولكن ابو يوسف جعل ذكر التأبيد ولم يشترط جوازه
فعلى قول ابي حنيفة وزفر ان يكون موصى به حتى لو لم يوص به لا يباع ويبقى
على ملكه يجوز بيعه ويورث عنه الا ان تجيز الورثة فيصير جائزا وثابتا بعد
الوقف كذا قاله شمس الائمة الحلواني في محيطه وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي
بان الاضافة الى ما بعد الموت ليس بشرط لصحة الوقف حتى يمنع من بيعه ولا يورث
حتى قال شيخ الاسلام في مبسوطه وحاصل الخلاف يرجع الى ان تقدير الوقف
ماذا قال ابو حنيفة تقدير الوقف ان يقول حبست العين على ملكي وتصدقت
بثمرته على المساكين فلا يبيع اذا كانت الثمرة معدومة الا بطريق الوصية
كما لو نص على ذلك وقولهم تقدير الوقف كانه يقول ازلت العين عن ملكي الى الله
عز وجل وجعلته محبوسا في ملكه ومنفعته للعباد وان كان تقدير الوقف
هذا اعتدلهم وان لم يكن موصى به كما في المسجد وجه قولهم ان النبي صلى الله عليه وسلم
امر عمر رضي الله عنه بالوقف ولم يأمره بالاضافة الى ما بعد الموت ولا بالاتفاق
ذكر الصدقة والوقف والاحد يرجع الى الزوال والثاني يمنع الزوال فجعلنا
التبيين ابدا الى الله تعالى محبوسا في ملكه عز وجل على وجه لا يعبر عنه بالتغير
عملا بالامرين جميعا قول ابي حنيفة رضي الله عنه ما حدث الطحاوي في شرح
الاثار باسناده الى عكرمة عن ابن عباس قال سمعت رسول الله صلى الله عليه
وسلم بعدما انزلت سورة النساء وانزل فيها الفرائض نهى عن الحبس وقال
في المبسوط عن عكرمة عن ابن عباس عن النبي عليه السلام انه قال لا حبس عن
فرائض الله تعالى بعد سورة النساء والوقف حبس عن فرائض الله تعالى
فيكون باطلا لانها هي الحبيس واحتج ابو حنيفة رضي الله تعالى عنه
ايضا بما روي عن شريح انه قال جاء محمد ببيع الحبيس وفي رواية ببيع الحبس قال
شيخ الاسلام جواهر زاده والحبس التي كانوا يستعملونه في الابتداء قبل سورة النساء
وكانوا يحبسون العين على ملكهم ويتصدقون بالغلة ويريدون منع الاصل
ممتنعا لكان الصدقة بالغلة فجاء محمد صلى الله عليه وسلم ونسخ هذا وجوز بيعه
فالمعنى في المسألة انه انما تصدق بالغلة المعدومة لا بالعين فلا يمنع البيع
ولا الارث اذ لم يكن موصى به فيما سواه كما لو قال تصدقت بغلة
هذه الارض على الفقراء او المساكين ابدا او لم تكن ذلك لانه ذكر ما يوجب
الزوال وما يمنع الزوال فعملنا بالصدقة في حق الثمرة وبلفظ الوقف في حق
العين فجعلنا العين محبوسا على ملكه وجعلناه متصدقا بالثمرة المعدومة
عملا باللفظين بقدر الامكان واذا صار تقدير الوقف هكذا اعتبر عاله
نذر فكذا لا يمنع البيع ما لم يكن موصى به ولكنه اخذ انما يعلم بحديث
عمر فنقول ذلك شهد لنا لان النبي صلى الله عليه وسلم امره بحبس الاصل
مطلقا ومطلق الحبس يقتضي ان لا يكون دائما على ملكه من كل وجه وتسبيل
الثمرة المعدومة لا يجوز الا ان يكون مضافا الى ما بعد الموت والجواب
عن قياسهم على المسجد فنقول ثمة لم يوجد ما يمنع الزوال عن ملكه من كل وجه بخلاف

حبس

ما نحن فيه فان لفظ الوقف يمنع الزوال واما حكم الوقف متى صح الوقف فقد
اختلف قال ابو حنيفة حكمه حبس العين على ملكه والتصدق بالثمرة والمنفعة
وهو امر مشروع كالعارية تصدق بمنفعة ارضه على الفقراء بعد موته وهذا لان
حكم الشيء ما يثبت بالشيء والذي يثبت بالوقف عند ابي حنيفة هذا فلا يزول
العين عن ملك الواقف الا بحكم الحاكم او بالتعليق بالموت لان الوقف عنده
حبس العين على ملك الواقف الا بحكم الحاكم او بالتعليق على وجه لا يبطل النقل
والعقد في المسألة المعروفة الا طريق الوصية لكن انا كان في معناه واذا
حكم حاكم فقد صار حكمه حكم محل الاجتهاد فينفذ وقال ابو يوسف ومحمد وهو
قول الشافعي حكمه ان يزول العين عن ملكه الى الله تعالى ويصير محبوسا في ملكه
ولا يصير العين للموقوف عليه الا ان المسألة لا تعرف وقال الشافعي رضي الله عنه
في قول حكمه ان يصير العين ملكا للموقوف عليه الا انه لا يباع ولا يوهب حتى لو كان
ارضا كان الخراج عليه ولو كان فيه عشر كان صدقة الفطر على الموقوف
عليه وهذا ضعيف لانا نجد موضعا يصير العين فيه ملكا للغير ثم لا يجوز
بيعه نوع كلاما بلا اصل قوله قال ابو حنيفة لا يزول ملك الواقف عن
الوقف الا ان يحكم به الحاكم او يعلقه بموته فيقول اذا مت فقد وقفت
داري على كذا وقال ابو يوسف يزول الملك بمجرد القول وقال محمد
لا يزول حتى يجعل للوقف وليا ويسلمه اليه هذا لفظ القدوري في مختصره
قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الوقف عند ابي حنيفة رضي الله عنه
على ثلاثة اوجه في وجه لا يجوز وهو ما اذا وقف داره او ارضه في صحته
فلا يجوز وان اشترط التأبيد وسلم الى المتولي ويجوز بيعه ويكون ميراثا
عن الواقف وفي وجه يجوز وهو ما اذا اوقفه في حال حياته بجعل وصية
بعد موته فانه يجوز من ثلث ماله وفي وجه لا يجوز في ظاهر الرواية
وهو اذا وقف في مرض موته فهو كالوقف في حال الصحة وروى الطحاوي عن ابي
حنيفة انه يجوز وهو كالوصية بعد موته وهو قوله عند ابي حنيفة
وعند صاحبيه الوقف جائز في حال صحته او مرضه الا انهما اختلفا فيما
بينهما قال ابو يوسف يجوز مشاعا كان او مقسوما سلمه الى المتولي او لم يسلمه
شرط التأبيد او لم يشترطه وقال محمد لا يجوز الا باجتماع شرائطه وشرائطه
ثلاثة ان يكون مقسوما مفرزا من يده مسلما الى المتولي وان يشترط فيه
التأبيد وهو ان يجعل اخره للسبيل حتى لا ينقطع ابدا فيجوز الى هنا لفظ
الامام الاسبيجابي وجه قول محمد ان النبي صلى الله عليه وسلم قال لعمر رضي
الله عنه في نخل له اراد ان يتقرب بصدقته الى الله تعالى حبس الاصل وسبل
الثمرة ذكره في الاثار وقال ابو يوسف [illegible] في مبسوطه بعدما ذكر الحديث
فتصدق بها عمر وجعلها في يدي حفصة فدل ان التسليم شرط وقال ايضا
فيه روي عن معاذ بن جبل وابن عباس انهما قالا لا تجوز الصدقة الا مقبوضة

بلا

فلا يفصل بين الصدقة المنفذة والموقوفة والمعنى فيه ان ما ثبت فيه من الحق في
رقبة الموقوف فانما يثبت ضمنا لحق العباد فيكون القبض شرط الصحة قياسا
على الصدقة المنفذة بل اولى لان المنفذة يتفق عليها وهذه اختلف في جوازه فلما
كان القبض شرطا اشترط كونه مقسوما لان القبض لا يتحقق في الشائع الذي
يقسم وكذلك التأبيد شرط في الوقف لانه لو وقته لا يصح بالاجماع ووجه
قول ابي يوسف ان النبي صلى الله عليه وسلم امر عمر بالوقف ولم يامره بالتسليم الى
المتولي فعلم ان التسليم ليس بشرط والفقه في المسألة ان الوقف مشروع
مشروع لابطال ملك الواقف من الاعيان لا لتمليك فيصح من غير قبض كالاعتاق
فيتم بالقول ولا يشترط التأبيد وكونه مقسوما والتسليم الى المتولي بيان
ذلك ان التمليك من الله تعالى لا يتحقق من جهتنا مقصودا لان ما في الدنيا ملك
الله تعالى على الحقيقة وانما ثابت فيه ملك للتصرف لا غير ولا يتحقق من الكائنات
تمليك رقبته من المولى وانما له ابطال ما ثبت له من ملك التصرف في نفسه
بيع الكتابة حتى يعود الى مالك الملك فكذا ههنا يبطل بالوقف ما للواقف
من ملك التصرف ولا يصير ملكا لاحد الموقوف لله عز وجل والابطال يصح من
غير قبض بخلاف الصدقة المنفذة فانها تمليك من الفقير بدليل انه يجوز له بيعها
وهبتها فاذا كانت تمليكا من الفقير فقد الاثبات ملكا من الله تعالى ضمنا
فاشترط القبض ووجه قول ابي حنيفة في عدم جواز الوقف وهو المذكور في
الاصل ان النبي عليه السلام قال لا حبس عن فرائض الله تعالى بعد سورة
النساء والوقف حبس كالحبس وروى عن شريح انه قال جاء محمد ببيع الحبس
[illegible] بان شرط جواز الوقف لان الوقف تصدق بالغلة وهو لا يستدعي
زوال اصل الملك ولان الوقف تصدق بالغلة دائما ولا يمكن التصدق بها
كذلك الا ان يبقى اصل الموقوف على ملكه ولانه لا يجوز ان يزال الملك لا الى مالك
كان التأبيد لا يزول ملكه عن الاصل كالاعتاق فانه اتلاف والوقف
تبرع بالملك مع بقاء الملوك فافترقا وبخلاف المسجد فانه لم يوجد مانع
الزوال عن الملك بل جعله خالصا لله تعالى والوقف يمنع الزوال فافترقا ولان
الوقف لو صح لا يتبين مراعات شرائط الواقف فلو كان يزول الملك بالوقف
لم يمكن مراعاتها فانه وقيل ان الوقف جائز عند ابي حنيفة لكنه ليس بلازم
حتى يجوز اعادته الى يده ولو قضى القاضي بلزومه يلزم بالاجماع لانه مجتهد
فيه وعندهما لازم على كل حال وهو قول الشافعي وقول [illegible] قول
ابي حنيفة قال في كتاب الهبة وفيما قال الامام السرخسي ظن بعض اصحابنا
ان الوقف غير جائز عند ابي حنيفة واليه يشير في ظاهر الرواية لكن مراده
ان لا يجعله لازما اما اصل الجواز فثابت عنده ولو اوصى به يجب نفاذه
فانه يكون لازما وذكر محمد في السير الكبير ان الوقف اذا اضيف الى ما بعد
الموت فهو باطل ايضا عند ابي حنيفة وهذا الصحيح عند اكثر اصحابنا اخذوا
بقولهما نظرا ان ابا يوسف في قوله الاول حتى غاية التضييق كما هو قول ابي

حنيفة وفي قول الآخر يصح غاية التوسعة ويحكم بتوسطهما وبهذا اخذ عامة
المشايخ بقوله كذا في الخلاصة قال ايضا فيها والوجه الثالث لزوم الوقف
عند ابي حنيفة رضي الله عنه ان يخرج مخرج الوصية فيقول اوصيت بغلة هذه الدار
او يقول جعلت هذه الدار وقفا فتصدقوا بغلتها على المساكين وكذا لو اوصى بان
يوقف بعد موته الثلث من غلتها وذكر الولوالجي في فتاواه رجل قال ارضي هذه
صدقة كان هذا نذرا بالتصدق حتى لو تصدق بعينها على الفقراء او بقيمتها جاز
ولم يذكر الصدقة وذكر الوقف بان قال ارضي هذه موقوفة او قال ارضي
هذه وقف موقوفة او قال جعلت ارضي وقفا هذا يكون وقفا على الفقراء
في قول ابي يوسف خاصة وكان مشايخ بلخ يفتون بقول ابي يوسف ومشايخ
بخارا ايضا يفتون بقوله لمكان العرف الى هنا لفظه رحمه الله تعالى قال شيخ
الاسلام خواهرزاده وابو يوسف في هذا الكتاب اي في كتاب الوقف لم يبال
له ذلك حتى لم يمكنه ان يتبرع عليه ترجيحا كثيرة كما امكن غيره وكما امكنه ذلك في سائر
الكتب قوله وهو المبسوط في الاصل اي المذكور في المبسوط الضمير راجع الى مدلول
قوله فلا يجوز الوقف وهو عدم جواز الوقف قوله والفقه فيه بينهما اي الخلاف
يتناول ما قاله ابو حنيفة وهو حبس العين على ملك الواقف ويتناول
الواقف ما قاله صاحباه وهو حبس العين على ملك الله تعالى قوله والترجيح
بالدليل اي يترجح احد المذهبين على الاخر بالدليل فشرع بعد ذلك في بيان
الدليل قوله شريح هو شريح القاضي بكون الراء وبالعين المهملة اوض اهل رضي
الله عنه قضيها وقد كتبت شيئا عنا هنا بلا استطراد وقد اثبت في كتب غرائب
الحديث الصحيح عند الثقات شيئا وغيرهم كما في وعد قوله له نظير
في الشرع اي لاسقاط الملك وجعله لله تعالى من غير ان يدخل في ملك احد
وذلك النظير هو المسجد قوله وعن شريح جاء محمد صلى الله عليه وسلم ببيع الحبيس
اي الموقوف وقد اسلفنا نقيبره من شرح الاسلام قيل هذا اوجه الاستدلال
به ان الوقف لو كان لازما لم يجز بيعه وشريح ابن الحارث القاضي الكوفي كان من
كبار التابعين بالكوفة عاش مائة وعشرين سنة كذا قال السمعاني وقال
ومات سنة اثنتين وثمانين كذا قال المدائني واستقضاه عمر على الكوفة
ولم يزل بعد ذلك قاضيا خمسا وسبعين سنة لم يتعطل فيها الا ثلاث
سنين امتنع فيها من القضاء في فتنة ابن الزبير واستعفى الحجاج من
القضاء فاعفاه فلم يقض بين اثنين حتى مات كذا قال السمعاني وقيل
مات سنة تسع وسبعين وقيل سنة ثمانين قوله كالسائبة قال الله تعالى ما جعل
الله من بحيرة ولا سائبة ولا وصيلة ولا حام قال في الكشاف كان اهل الجاهلية
اذا نتجت الناقة خمسة ابطن آخرها ذكرا بحروا اذنها اي شقوها وكانوا
الظهر اذا كملت من ... وحرموا ركوبها ولا تطرد عن ماء ولا مرعى واذا
لقيها المعيي لم يركبها واسمها البحيرة وكان يقول الرجل اذا قدمت من سفري

او برئت من مرضي فناقتي سائبة وجعلها كالبحيرة في تحريم الانتفاع بها وقيل
كان الرجل اذا اعتق عبدا قال هو سائبة فلا عقل بينهما ولا ميراث واذا ولدت
الشاة انثى فهي لهم وان ولدت ذكرا فهو لالهتهم فان ولدت ذكرا وانثى
قالوا وصلت اخاها فلم يذبحوا الذكر لالهتهم واذا انتجت من صلب الفحل
عشرة ابطن قالوا قد حمى ظهره فلا يركب ولا يحمل عليه ولا يمنع من ماء ولا مرعى
قوله قال في الكتاب اي في مختصر القدوري قوله واما في تعليقه بالموت
فالصحيح انه لا يزول ملكه يعني اختلف المشايخ فيه على قول ابي حنيفة قبل زوال
الملك بالتعليق بالموت وقيل لا يزول وهو الصحيح لكنه يلزم لانه بمعنى الوصية
بالمنافع مؤبدا قوله والمراد بالحاكم المولى اي المراد من الحاكم الذي ذكر في قول
القدوري الا ان يحكم به الحاكم هو المولى وهو الذي ولاه السلطان ويعمل القضاء
واما المحكم وهو الذي جعل حكما ففيه اختلاف المشايخ قال في كتاب القضاء
من خلاصة الفتاوى ولو حكم المحكم في اليمين المضافة وسائر المجتهدات
فالاصح انه يجوز لكن لا يفتى به كذا ذكره في كتاب الاقضية وقال في الفتاوى
الصغرى لحاكم المحكم اذا نفذ حكم المحكمين فظاهر الجواب انه ينفذ وجواب
فتاوى سمرقند انه لا ينفذ بعذر المرء عن ذلك واني اقول لا يحل لاصحاب
يفعل ذلك يعني انحلاف الثلاث ولا اذن بل هنا وحكي عن شمس الائمة الحلواني
انه قال مثل الحاكم المحكم يعلم ولا يفتى به وكان يقول ظاهر المذهب
انه يجوز الا ان القاضي الامام الاستاذ ابا علي النسفي كان يقول يكتم هذا
الفصل ولا يفتى به كيلا يتطرق الجهال الى ذلك فيؤدي الى هدم مذهبنا
فاما الوقف فهو الاول الى هنا لفظ كتاب الفتاوى الصغرى قوله
ولو وقف في مرض موته قال الطحاوي هو بمنزلة الوصية بالمنافع بعد
الموت يعني اذا وقف يلزم الوقف حينئذ على مذهب ابي حنيفة على
الوقف في الصحة فانه لا يلزم عنده ثم قال الطحاوي في مختصره وقد روي
عن ابي محمد عن ابي حنيفة ان ذلك لا يجوز فيه في مرضه كما لا يجوز ثم قال وهو الصحيح
على اصوله قوله يزول بالقول عند ابي يوسف اي يزول الملك عن الواقف
بمجرد قوله وقفت عنده واما عند محمد فزواله بشرط ذكرناها قبل
هذا من كونه مقسوما مسلما مؤبدا قوله فينفذ بكونه تبعا لغيره فيأخذ
حكمه اي يثبت التمليك من الله تعالى ضمنا للتمليك من غير الله تعالى
وان كان لا يثبت التمليك من الله تعالى قصدا كما عرف في ترك الفقهاء من
شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا فيصح اثبات التمليك من الله تعالى حكم
التمليك من غيره حتى يشترط فيه التسليم والقبض قوله فينزل منزلة
الزكاة يعني ينزل التمليك من الله تعالى في الوقف وفي التسليم الى العبد
منزلة التمليك من الله تعالى في التمليك حيث يتحقق الى الله تعالى سنة
تعالى في ضمن التسليم الى الفقير قوله واذا صح الوقف على اختلافهم وفي بعض
النسخ واذا استحق فكان قوله خرج عن ملك الواقف ولم يدخل في ملك

الموقوف عليه اي قال القدوري في مختصره واذا صح الوقف على اختلافهم اعني
اختلاف العلماء في صحته حيث لا يصح عند ابي حنيفة على رواية الاصل خلافا لما قال
في تجريده بقوله وان وقف على معين فهو ملك للموقوف عليه وذلك ضعيف لانه
لو دخل في ملك الموقوف عليه لنفذ بيعه فيه كسائر املاكه فعلم انه لم يدخله في ملكه
ولانه لو دخل في ملكه لما زال ملك الواقف لم يشتغل عن الموقوف عليه بعده
الى من بعده من الفقراء رعاية الواقف الا ترى ان الواقف لو شرط عين
الموقوف من سائر الاملاك الموقوف عليه ان ينتقل عن الموقوف عليه الى غيره
لا يصح وهاهنا عن ثم لم يصح فلو كان ملكه زايلا الى الموقوف عليه لم يصح شرطه
لانه لا اثر لشرطه في ملك غيره قال صاحب الهداية وقوله خرج عن ملك
الواقف يجب ان يكون قولهما على الواقف الوجه الذي سبق تقريره لحين ان
الوقف عندهما حبس العين على ملك الله تعالى ويزول ملك الواقف عنه
الى الله تعالى فلما زال الواقف عندهما وجب ان يكون قوله خرج عن ملك
الواقف قولهما خلاف قول ابي حنيفة فان الوقف عنده حبس العين على
ملك الواقف والتصدق بالمنفعة فاذا كان العين محبوسا على ملك الواقف
لا يصح قوله خرج عن ملك الواقف على مذهبه وهذا الظاهر وقيل القدوري
وقعت في نسخ المختصر استحق اي ثبت الوقف قوله قال ووقف المشاع
جائز عند ابي يوسف اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وقال محمد لا يجوز
والشافعي اخذ بقول ابي يوسف قال الولوالجي في فتاواه وقف المشاع
صحيح عند محمد ثم قال ومشايخ بلخ اخذوا بقول محمد ثم قال وبه يفتى ثم قال
فان رفع الى القاضي فقضى بجوازه جاز عند الكل لانه مختلف فيه فيصير
متفقا عليه بالقضاء وفي خلاصة الفتاوى ولو وقف نصف الحمام
يجوز بلا خلاف بين ابي يوسف ومحمد لانه مشاع لا يحتمل القسمة وصار كهبة
المشاع فيما لا يحتمل القسمة ثم اختلافهما في وقف المشاع بناء على ان التسليم
هل يشترط اي في الوقف ام لا فعند ابي يوسف ليس بشرط خلافا لمحمد كذا قاله
محمد لا يصح مع الشيوع فيما يحتمل القسمة لعدم تحقق التسليم مع الشيوع
الا بالانضمام غيره اليه وليس ذلك بموقوف بخلاف ما لا يحتمل القسمة حيث
اكتفى بالتسليم القاصر لانه لا يمكن مزيد كمال مع الشيوع كما في هبة المشاع
فيما لا يحتمل القسمة وكما في الصدقة المنفذة وهي التي سلمت الى الفقير
وحصلت مملوكة له وفيه لا تمنع الشيوع لان الصدقة الموقوفة وهي التي
لم يملكها الموقوف عليه الا انه تصدق عليه بمنفعتها وقال ابو يوسف
يصح الوقف مع الشيوع فيما يحتمل القسمة وفيما لا يحتملها لان التسليم عنده
ليس بشرط فلم يكن كونه متعذرا شرطا لصحة الوقف والتحقيق في كون التسليم
شرطا ام لا مر بيانه عند قوله قال ابو حنيفة لا يزول ملك الواقف

عن

عن الوقف الا ان يحكم به حاكم ثم جعل الارض مسجدا او مقبرة لا يصح
مع الشيوع عند ابي يوسف ايضا وان كان مما لا يحتمل القسمة
سواء كان الموضع غير صالح للصلاة او للدفن بعد القسمة لان
المسجد خالص لله تعالى والشيوع ينافي الخلوص الا ترى الى قوله
تعالى وان المساجد لله ولانهما لو تهايا مع الشريك كان الانتفاع بهما
بطريق المهايأة بان يصلي فيه يوما ويجعل يوما اخر اصطبلا
او نحو ذلك او يدفن فيه الموتى وينبش اخرى منها ويزرع
فيها وهذا في غاية القبح فلهذا قلنا امتناع صحتهما مع الشيوع بخلاف
وقف المشاع فان الانتفاع به الموقوف عليه بطريق المهايأة او
باستغلاله ثم قسمة غلته حيث لا قبح فيه قوله لان القسمة من تمام
القبض والقبض عنده ليس بشرط فكذا القسمة يعني ان كون الموقوف
مقسوما مفرزا من تمام القبض على معنى ان القبض يقع في المفرز
تاما كاملا وفي غيره يقع ناقصا فتمام القبض عند ابي يوسف ليس بشرط
في صحة الوقف فكذا لا يشترط ما يتم به القبض وهو كونه مقسوما
مفرزا قوله لانه يعتبرها بالهبة والصدقة المنفذة اي يعتبر محمد جواز
الوقف مع الشيوع فيما لا يحتمل القسمة بجواز الهبة الشائعة والصدقة
الشائعة فيهما جائزتان فكذا هذا لان القبض القاصر هنا القدر
الممكن وتفسير المنفذة مر في فصل هذا قوله لان المهايأة فيهما
اي في المسجد والمقبرة والمهايأة في الدار ونحوها مقاسمة المنافع فكان
بتراضي الشريكين بجمع هذه المهايأة النصف الحر يرد ذلك
بدا له النصف او هذا اشكله في كذا من الزمان ذلك في كذا من
الزمان بقدر الاول قوله ولو وقف الكل ثم استحق جزء منه بطل
في الباقي عند محمد ذكره ما بعده ثم بحالة التردد واما بطل
الوقف في الباقي بعد الاستحقاق لمقارنة الشيوع الشيء لان
حق المستحق كان ثابتا في الموقوف حال الوقف فلما كان الشيوع
مقارنا لم يتم القبض وهو شرط عند محمد بطل في الباقي
لانتفاء الشرط بخلاف ما اذا رجع الواهب في نصف الموهوب بعد
قبض الموهوب له او وهب في مرض موته او وقف فيه فان
رد الثلثان الى الورثة حيث لا يبطل الهبة والوقف في الباقي
لان الشيوع بعد القبض ائتم واصله ان حكم هبة المريض
حكم الوصية حتى يعتبر خروجها من الثلث وجوازها جواز الهبات
حتى يتبعه الكمال اذا اتصل بذلك الصدقة ورجوع الواهب
ورد الثلثين الى الورثة مذكوره في المبسوط فصل الاستحقاق
هذا اذا استحق جزء شائع اما اذا استحق جزء معين لم يبطل
الوقف في الباقي لانتفاء علة الفساد وهو الشيوع وكذلك الحكم في الهبة

والاصح ان المنفعه اذا استحق حيث لا تبطل الهبه والصدقه في
الباقي وهذا اشبه بقوله وعلى هذا الهبه والصدقه المملوكه اي المملوكه
للغير قوله قال ولا يتم الوقف عند ابي حنيفه ومحمد رضي الله عنهما
حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع ابدا وقال ابو يوسف اذا سمى فيه جهة
تنقطع جاز وصار بعدها للفقرا وان لم يسمهم وهذه مسئلة القدوري
وجه قولهما ان التوقيت يبطل الوقف اذ لو وقف داره عشرين
سنة لا يصح فلما كانت التوقيت مبطلا كان التابيد شرطا
فلما وقف على جهة تنقطع كان موقتا من حيث المعنى فلا يصح وهذا
هو الوجه الصحيح في بيان قولهما اما قول صاحب الهدايه ان موجب
الوقف زوال الملك بدون التمليك وانه يتابد كالعتق ففيه نظر
على الثلاثه لان حكم الوقف عند ابي حنيفه رضي الله عنه
حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعه فكيف يصح
زوال الملك مع حبس العين على ملك الواقف فلو كان ملكه زائلا لم يصح
في الوقف شرطه فيما بعد الموت الا اذا حكم به الحاكم فحينئذ يزول
لانه مجتهد فيه ووجه قول ابي يوسف ان المقصود من الوقف
هو التقرب الى الله تعالى بالتصدق بالمنفعه والتقرب كما يكون
بالصرف الى جهة تنقطع فجاز الوقف على هذا الوجه كما جاز على تلك
الجهة وقيل ان التابيد شرط عند ابي يوسف ايضا الا ان التصريح
بالتابيد ليس بشرط لان ذكر الوقف ذكر للتابيد لان الوقف
ازالة الملك بدون التمليك فصار كالعتق والعتق يتابد فكذا
الوقف واشار القدوري الى هذا بقوله وصار بعدها للفقرا
وان لم يسمهم ونقل الناطفي في الاجناس عن شرط محمد ابن
مقاتل عن ابي يوسف اذا وقف على رجل بعينه جاز واذا مات
الموقوف عليه رجع الوقف الى ورثة الواقف وعليه الفتوى وقال
في الزيادات قال ابو يوسف اذا انقرض الموقوف عليهم رجع
الوقف الى المساكين فحصل عنه روايتان الى هنا لفظ كتاب
الاجناس قوله وهو موقوف عليه اي على التقرب الى الله تعالى
موقوف على جعل الوقف متنقطع كما هو موقوف على جعله جهة لا تنقطع
يعني يحصل التقرب بهذا الوجه وايضا كما يحصل بذلك الوجه
قوله فيتابد عنده اي عند ابي يوسف قوله ويجوز وقف العقار وهذا لفظ
القدوري وهذا لان عمر رضي الله عنه وقف ارضا اسمها ثمغ وكذا
سائر الصحابه ومعنى العقار يقال ما له دار ولا عقار اي اهل
مال كذا في الجمهره والمراد منه هنا الارض مبنية كانت او غير
مبنية قوله ولا يجوز وقف ما ينقل ويحول وهذا لفظ القدوري
في مختصره وتمامه فيه قال ابو يوسف اذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها

واكرها

واكرها وهم عبيده جاز وقال محمد يجوز حبس الكراع والسلاح هكذا
لفظ القدوري والمفهوم منه ان حبس الكراع والسلاح لا يجوز مقصودا
عند ابي يوسف ولكن قال الطحاوي في مختصره ولا يجوز الوقف في عبيد
ولا اماء ولا في شي سوى العقار والارضين ولكن قال الطحاوي
الا ان يكون ارضا فيها بقر وعبيد لصلاحها فيشترط ذلك في الصدقه
بها مع الارضين فيكون ذلك وقفا معها وقال محمد بن الحسن لا باس
بحبس الخيل في سبيل الله تعالى وبذلك قال ابو يوسف الى هنا
لفظ الطحاوي رحمه الله تعالى فقد صرح بجواز حبس الخيل كما ترى
وكذلك ذكر شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه حيث قال لو وقف
المنقول مقصودا بان كان كراعا او سلاحا ونحو ذلك وقفها في سبيل
الله تعالى فانه يجوز استحسانا عند ابي يوسف ومحمد والى هذا
الاختلاف اشار صاحب الهدايه بقوله وابو يوسف معه فيه
على ما قالوا اي مع محمد في جواز حبس الكراع والسلاح على ما قال
المشايخ واما وقف ما سوى الكراع والسلاح من المنقول مقصودا
فهل يصح ام لا فقال شيخ الاسلام في مبسوطه لا يصح عند ابي يوسف
قياسا اي شي كان وقال محمد ما تعارف الناس وقفه من المنقول
فانه يجوز استحسانا عند ابي يوسف ومحمد والى هذا اشار الاختلاف
اشار صاحب الهدايه بقوله وابو يوسف معه على ما قالوا اي مع محمد
في جواز حبس الكراع والسلاح على ما قال المشايخ واما وقف
ما سوى الكراع والسلاح من المنقول مقصودا فهل يصح ام لا قال
شيخ الاسلام في مبسوطه لا يصح عند ابي يوسف قياسا اي شي كان وقال
محمد ما تعارف الناس وقفه من المنقول فانه يجوز استحسانا
والتعارف كالفاس والمر والجنازه والمصحف لقراءة القران
والقدور والمراجل وما لم يتعارف الناس وقفه لا يجوز كوقف
الثياب والحيوان وغيره من الامتعه وقال الشافعي ان وقف المنقول
يصح مقصودا اذا كان المنقول شيئا يمكن الانتفاع به مع بقا عينه اي
شي كان واجمعوا انه لا يصح وقف الدراهم والدنانير وجه قول
الشافعي القياس على العقار والكراع والجامع امكان الانتفاع
مع بقا العين بخلاف الدراهم والدنانير فانه لا يجوز الانتفاع بها الا
باتلاف العين ولنا ان التابيد شرط الوقف لانه لا يصح مع التوقيت
والمنقول لا يتابد لانها لا تبقى فلا يصح وقفها لانتفاء الشرط
وكان القياس على هذا ان لا يجوز وقف الكراع والسلاح الا انه
ترك القياس بالنص وهو ما ذكره شيخ الاسلام وغيره ان النبي صلى الله
عليه وسلم قال لعمر حين شكا خالد بن الوليد حين منع منه الزكاة
فقال لا تظلموا خالدا فانه حبس ادرعه وكراعه في سبيل الله تعالى

ثم النص الوارد في الكراع لا يلحق به ما لو ورد في المصحف ونحوه لان الجهاد
اعظم قربة من قراءة القرآن خارج الصلاة لانه يؤمن كتابه وهذا
تطوع وكذا الترغيب في الاستماع بالمشا و والفاس ونحوها دون
القربة في الكراع فلم يثبت حكم الكراع فيها ولا له ابعد الحكم فيها على
القياس فحال محمد القياس في جميع المنقولات كذلك الا ان يترك
القياس بتعامل الناس لانه يجوز ترك كما يترك القياس بالتعامل في
الاستصناع وفيما لا عرف ولا نص فيه نفي الحكم وعلى اصل القياس
وقياس الشافعي صحيحة لانه قياس ما لا يبقى على ما يبقى قوله وهذا
على الارسال اي عدم جواز الوقف في المنقولات على الاطلاق مقصودا
اوتبعا كراعا او غير ذلك فيما ذكرنا قول ابي حنيفة رضي الله
عنه قوله واذا وقف ضيعة ببقرها واكرتها جاز وفي المجمل صحيحة
الرجل عقاره والاكرة جمع الاكار وهو الفلاح قوله كالشرب والطريق
والبناء في الوقف يعني لا يجوز بيع الشرب مقصودا على ظاهر الرواية
ويجوز بيعها للارض وكذا البناء لا يجوز وقفه مقصودا ويجوز بيع
تبعا للارض قوله ومحمد معه فيه اي مع ابي يوسف في جواز وقف المنقول
تبعا قوله يجوز حبس الكراع الخيل كذا في ديوان الادب قوله لما
بينا من تكلف ان من شرط التأبيد لان المنقول لا يتحقق فيه التأبيد
لحكم بقاءه قوله منها قوله عليه الصلاة والسلام واما خالد فقد
حبس ادرعا وافراسا في سبيل الله تعالى قال البخاري في كتاب
الزكاة من الصحيح حدثنا ابو اليمان قال اخبرنا شعيب قال
اخبرنا ابو الزناد عن الاعرج عن ابي هريرة قال امر رسول
الله صلى الله عليه وسلم بصدقة فقيل منع ابن جميل وخالد بن الوليد
وعباس ابن عبد المطلب فقال النبي عليه السلام ما ينقم ابن جميل
الا انه كان فقيرا فاغناه الله ورسوله واما خالد فانكم تظلمون
خالدا قد احتبس ادرعه واعتده في سبيل الله تعالى واما عباس
ابن عبد المطلب فعم رسول الله صلى الله عليه وسلم فهي عليه صدقة
ومثلها معها دون الحروب فرايت تكلم في شرح الخطابي قوله ودروع
اكراعه اي مكان قوله ادرعه وفي هذا اللفظ نظر اعني قوله اكراعه
لان فيها لا لم يسمع جمعه على افعال واما الورث يجوز جمعه على افعل
كغراب واغربة فعلى هذا الوكيل اكرعه لكان له وجها لان كراعا
مؤنث قوله فيدخل في حكم الابل اي في حكم الكراع وكان
القياس ان يقول في حكمها لان الكراع مؤنث سماعي يعني يجوز
حبس الابل في سبيل الله تعالى لانها يغزى عليها كالخيل قوله
والمكدوم قال في الجمهرة والقدوم التي ينحت بها بتخفيف الدال

لا غير

لا غير والجمع قدم قوله والمراجل جمع مرجل والمرجل قدر من نحاس كذا في ديوان
الادب قال ابن دريد المرجل معروف عربي ثم صحيح قوله وجه الاستحسان
في هذه الاشياء المذكورة وهي الفاس والمر والقدوم والمنشار والجنازه وثيابها
والقدر والمراجل والمصاحف قال ابو الليث في فتاواه رجل وقف بقرة على
رباط على ان ما خرج من لبنها وسمنها يعطى ابناء السبيل جاز ان كان في موضع
تعارفوا ذلك كما جاز في الغلة كالسقاية قوله وعن نصير ابن يحيى قال الخاصب
الحجة وعن نصير ابن يحيى انه وقف كتبه على ابي حنيفة رضي الله عنه وقال
في النوازل سئل عن ابي نصر عن رجل وقف الكتب قال كان محمد بن سلمة
لا يجيزه وكان نصير ابن يحيى يجيزه ووقف كتبه قال الفقيه وكان ابو
جعفر يجيز ذلك وبه ناخذ الى هنا لفظ النوازل ونصير ابن يحيى من كبار
علماء بلخ مات سنة ثمانين وستين ومائتين وهو تلميذ الحسن ابن
زياد وغيره رحمه الله تعالى ومات الحسن سنة اربع ومائتين وهو تلميذ
ابي حنيفة ومحمد بن سلمة مات في شوال سنة ثمان وسبعين ومائتين وابو
نصر محمد بن سلام مات سنة خمس وثلثمائة وابو جعفر الهندواني مات
ببخارا وحمل الى بلخ سنة اثنين وستين وثلثمائة وهو ابن اثنين وستين
سنة وكان استاذ الفقيه ابي الليث وكان ابو نصر تلميذ محمد بن سلمة ونصير
جميعا وهما تلميذا ابي عصام ابن يوسف وغيره وعصام تلميذ ابي يوسف القاضي
رضي الله عنه ومات عصام ببلخ سنة خمسة عشر ومائتين قوله ولا يجوز
من ذلك الجمع ولان جنس التعامل على اصل القياس بيانه ان الوقف
لا يجوز في المنقول لمعنيين اما الاول فلقوله عليه السلام لا حبس
عن فرائض الله تعالى واما الثاني فلانه لا تابيد فيه وقد ترك القياس في الكراع
والسلاح لمعارضة نص اخر وهو ما ذكرنا من حديث خالد وجاز فيما فيه
تعامل لمعارضة دليل الاجماع وهو العرف كالفاس ونحوها ولم
يوجد المعارض فيما لا تعامل فيه من سائر المنقولات فبقي الحكم على اصل
القياس فلم يجز الوقف منها وانما بقي على اصل القياس لانه لا يمكن اثبات
الحكم في المنقول الذي ليس فيه نص وعرف قياسا على العقار والكراع
والسلاح كذا دلالة لان المنقول الذي ليس فيه تعامل او نص ليس في
معنى العقار ولا في معنى الكراع لان العقار يتابد بخلاف المنقول
والكراع اله الجهاد والذي هو فرض كفاية والقربة في سائر المنقولات تطوع
فلا يكون في معناه وهذا اعني قوله وهذا لان العقار يتابد والجهاد
سنام الدين اي حكم النص دفوله وهذه الاشارة الى بقائه على اصل
القياس وسنام البعير معروف قال في الجمهرة السنام معروف وسنم
البعير سنما اذا عظم وسنه اشتقاق السنام ومجد سنم عظيم وكل شيء
علوته فقد سنمته ومنه اشتقاق اسم سنام وهو بين قوله واما مع الرد
لا يجوز بيعه ولا تملكه الا ان يكون مشاعا فعند ابي يوسف يبطل الشرط

مشاعا فعند

القسمة فيجمع مناسبة اي قال القدوري في مختصره وانما لم يخرجه ولا تمليكه
بوجه من الوجوه لان الوقف لما صح زال الملك لا الى مالك فلا يملك عنه فيما
فلا يقبل التمليك بالبيع والتمليك بسبب الزوال الملك عند ابي حنيفة وان لم يزل الملك
عن الواقف لم يجز تمليكه بوجه من الوجوه لانه عليه السلام قال لعمر تصدق
باصلها لا يباع ولا يوهب ولا يورث والا ان بقاسمه الواقف مع الشريك
في وقف المشاع عند ابي يوسف جائزة لان القسمة افراز وتمييز الحقوق والممنوع
التمليك لا الافراز غاية ما في الباب ان القسمة فيها معنى المبادلة وهي الغالبة
في العقار والعروض والحيوان للتفاوت بخلاف المكيلات والموزونات
والعدديات التي لا تتفاوت فان الافراز هو الغالب فيها لكن في الوقف
جعل الغالب معنى الافراز تصحيحا للوقف نظرا للمتصدق ثم حكى لجنس
المقاسمة فلكا نثر فرع صاحب الهداية على مسئلة القدوري فقال ان وقف
نصيبه من عقار مشترك فهو الذي يقاسم وهذا التفريع على مذهب ابي يوسف
لان وقف المشاع جائز عنده خاصة يعني اذا كانت الارض بين رجلين
يوقف احدهما نصيبه فالذي يقاسم مع الشريك هو الواقف لا القاضي لان الولاية
في الوقف للواقف او لوصيه بعده اما اذا كان الرجلين شريكين الارض مشتركة
بينهما لوقف لحصته نوقف نصفها ثم اراد القسمة فالوجه في ذلك ان يبيع النصف
الباقي ثم هو المشتري يقتسمان او يرفع الامر الى القاضي فيامر انسانا بان
يقاسمه لان القسمة تجري بين اثنين ولا يتاتى في واحد لانه لا يصلح ان يكون
مقاسما ومقاسما فلا يحل هذا ان يبيع الباقي او يرفع الامر الى القاضي في الصورة
الاولى الواقف مع شريكه فلا حاجة الى القاضي ثم ان كان في القسمة فضل
دراهم او يكون احد النصيبين اجود من الاخر فجعل بازاء الجودة دراهم فان
كان الاخذ للدراهم هو الواقف لا يجوز لانه يصير بائعا بعض الوقف وبيع
الوقف لا يجوز وان كان شريكه جاز لان الواقف مشتري لا بائع فكانه يعني
نصيب شريكه في وقته قوله الا ان يكون مشاعا الى اخره استثنا من قوله لا يجوز
بيعه ولا تمليكه لان المقاسمة فيها معنى المبادلة الغالب في العقار والبيع مبادلة
فصح الاستثناء قوله واما امتناع التمليك فلما بينا اشارة الى ما ذكرنا اول كتاب
الوقف من قوله عليه السلام لعمر رضي الله عنه تصدق باصلها لا يباع ولا يوهب
ولا يورث ويجوز ان يكون اشارة الى قوله لما انه يوجب الزوال عن
الملك بدون التمليك عنده ولقوله لا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد حتى يجعل
اخره بجهة لا تنقطع ابدا قوله ان اختلف الواقف على صيغة التي لا تعول
دفعه وان اطلق كان على صيغة لاجل المسائل قوله قال الواجب ان يبتدي
من ارتفاع الوقف بعمارته شرط ذلك الواقف او لم يشترط اي قال القدوري
في مختصره اعلم ان البناء عمارة وقف الواقف واجب من غلة الوقف سواء
في ذلك شرط الواقف ذلك وعدمه لان المقصود من الوقف واجب من غلته

الوقف

الوقف سواء في ذلك شرط الواقف ذلك وعدمه لان المقصود من الوقف تحصيل
الثواب دائما بالصدقة الدائمة بالغلة ولا يمكن التصدق دائما بالغلة بدون العمارة
فكانت العمارة مشروطة اقتضاء ضرورة التصدق دائما ثم الوقف لا يخلو من
احد الامرين اما ان كان على الفقراء او على واحد بعينه ثم بعده على الفقراء ففي
الاول تجب العمارة من الغلة لتيسرهم وعدم تعينهم وفي الثاني من مال الموقوف
عليه لانه معين سواء كان من الغلة او من غيرها هذا او حدثه فاذا مات فمن الغلة
ثم العمارة لا تزاد على قدر الوقف ولحفظه اولا لان صرف الغلة الى المعمر
عليه واجب والزيادة في العمارة ليست بواجبة فلا يجوز ترك الواجب
الى غير الواجب بلا رضا مستحق الغلة هذا اذا كان الموقوف عليه معينا اما
اذا كان وقفا على الفقراء ففيه اختلاف المشايخ قيل لا يجوز الزيادة لما قلنا
وهو الاصح وقيل يجوز الزيادة ان يكون الثاني رد اليه على الاول قوله ولان
الخراج بالضمان معناه الغلة بسبب ان ضمنت محمد رحمه الله في اول كتاب
الغصب لعجل ما كان غلة الوقف للموقوف عليهم كانت العمارة ايضا عليهم كان
الوقف على معين يجب له مطلقا وان كان على الفقراء او الوقف اموالهم الغلة
منها وحدث ابو عبيد في كتاب غريب الحديث عن مروان الفزاري عن ابن
ابي ذئب عن مخلد بن خفاف عن عروة عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى
ان الخراج بالضمان قال ابو عبيد معناه والله اعلم الرجل اشترى المملوك فيستغله
ثم يجد به عيبا كان عند البائع قضى ان يرد العبد على البائع بالعيب ويرجع
بالثمن فياخذه ويكون له الغلة طيبة وهو الخراج وانما طابت له الغلة لانه كان
ضامنا للعبد ولو مات مات من مال المشتري لانه في يده الى هنا لفظ ابي عبيد
قوله لا يظلمهم اي بالفقراء والخمر المفسر وذا ما لم يظلمهم لانهم لا يحضون
قوله واقرب اموالهم هذه الغلة وهذا لانه لا مال للفقراء لان الفقير
عديم الملك ولكن ما له الله عاد ولا يمكن ان يجعل لهم مال لكن ليس لها غير
حصوله واقرب ما يحصل لهم من الغلة الوقف فيجب منها اي فتجب فيها بال
ايجب في الابتدا اما العمارة في الغلة قوله ولا يوخذ من الغلة اي لا يوخذ
منها حتما وانما قيدنا به لئلا يلزم التناقض في كلام المصنف لانه قال
ولو كان الوقف على رجل بعينه واخره للفقراء فهو في ماله اي مال شاء في حال
حياته ومن جملة ماله غلة الوقف لانها تصرف له فاذ يجوز ان يعتبر
الوقف بالغلة كما يجوز ماله اخر فكان ما مضى كلامه بالاطلاق في قوله ولا يوخذ
من الغلة فالمراد من التقييد لارتفاع التناقض قوله فاما الزيادة على ذلك
اي على الصفة التي وقفه الواقف بتلك الصفة قوله فليست مستحقة
اي بواجبة قوله والغلة مستحقة له واجبة اي للموقوف عليه قوله ولو كان
الوقف على الفقراء فكذلك اي فلا يجوز الزيادة في البناء على الصفة التي
وقفه الواقف قوله والاول اصح اي عدم جواز الزيادة في البناء اصح مما قال
البعض من جوازها اذا كان الوقف على الفقراء لا على رجل بعينه قوله

وان وقف دارا على سكنى ولده فالعمارة على من له السكنى هذه المسألة للقدوري
في مختصره وذلك لانه هو المنتفع به فكانت المؤنة عليه كالموصى له بخدمة العبد
يكون نفقته عليه فاحسن المثل فيه وفي جارها من قوله كارها قال القدوري
فيه فان امتنع من ذلك او كان فقيرا اجرها الحاكم وعمرها باجرتها فاذا عمرها ردها
الى من له السكنى وذلك لانه لو لم يعمرها يبطل الحقان حق الواقف وهو الصرف
بالمنفعة وحق من له السكنى فاذا عمرت يبقى الحقان جميعا غاية ما في الباب
ان في العمارة تاخير حق من له السكنى وتاخير الحق اولى من ابطاله قوله والاول
اولى اي عمارة الحاكم الدار بالاجرة اولى من ترك العمارة لانه يبقى فيه استحقاق
حق السكنى والاول يبقى الثاني واراد بالثاني ترك العمارة التي دل عليه قوله
لو لم يعمرها تفوت السكنى قوله ولا يجبر الممتنع على العمارة ذكر هذا تفريعا لمسئلة
القدوري اي لا يجبر الممتنع عن العمارة من الموقوف عليهم على العمارة لما في
الاجبار عليها الزام الضرر وهو اتلاف المال بالنفقة على العمارة فلا امتناع
عن الضرر وكان كاحد عاقدي المزارعة وبينما من عليه البذر ثم امتنع من القاء البذر
من الحال لا يجبر عليه لما يلزم الضرر وهو اتلاف ماله ثم لا يكون الامتناع رضا
من الممتنع ... ببطلان الحق لم يتحقق الدلالة لان امتناعه يحتمل ان يكون
لعدم القدرة على العمارة لعدم النفقة ويحتمل ان يكون لما به اصلاح الناحي
ومرمته ويحتمل ان يكون لابطال حقه بالرد عنه فلما ترددت الدلالة لم يثبت
الرضا بالشك وهو معنى قوله لانه في حيز التردد والحيز في اللغة الناحية قوله ولا
يصح اجارة من له السكنى لانه غير مالك ذكره تفريعا لمسئلة القدوري قال الاسروشني
في فصوله الموقوف عليهم لا يملكون اجارة الوقف قال الفقيه ابو جعفر ان كان
الاجر كله للموقوف عليهم بان كان الوقف لا يستغل بغيره لا يشركه في استحقاق
الغلة غيرهم يجوز وهذا في الدور والحوانيت واما الاراضي فان كان الواقف
شرط تقديم العشر والخراج وسائر المؤن فليس للموقوف عليه ان يؤاجرها
واما اذا لم يشترط ذلك فليس للموقوف عليه ان يشترط له يجب ان يجوز
ويكون الخراج والمؤنة عليه الى هنا كتاب الفصول ونقله من فتاوى ظهير
الدين ثم قال فيه ورايت في موضع آخر ان اجارة الموقوف عليه لا تجوز
وانما يملكها المتولي والقاضي ومعنى قول صاحب الهداية لانه غير مالك
ان الاجارة تمليك المنافع بعوض والتمليك انما يتحقق من المالك ومن
له السكنى ليس هو بمالك للسكنى وانما ابيحت له منفعة السكنى بتحصيل الثواب
للواقف بخلاف المستاجر فانه يجوز له ان يؤاجر الغير المستاجر ... الا ان يكون
يختلف باختلاف المستعمل لانه مالك للمنفعة بدليل ان العين امانة فكان
المنفعة في ... العقد ... لمستقر العين ... قوله
وما انهدم من بنا الوقف وآلته صرفه الحاكم في عمارة الوقف ان احتاج
وان استغنى عنه امسكه حتى يحتاج الى عمارته فيصرفه فيها لان النقض
يجب اليها ... ان احتاج الوقف الى العمارة والا يحفظ الى وقت الحاجة

اليها

اليها فيصرف فيها وذلك لان المقصود من الوقف هو تحصيل الثواب ابدا وهو
لا يكون الا بالعمارة فلابد من العمارة حينئذ فان الوقف ان احتاج اليها
صرف النقض فيها والا يمسكه الى ان يحتاج كيلا يتعذر العمارة وقت الحاجة
فيبطل المقصود من الوقف قال القدوري في مختصره ولا يجوز ان يقسمه بين
مستحقي الوقف قال صاحب الهداية يعني النقض واما فرع الحاكم ان يقسم النقض
بين المستحقين للوقف لانه لا حق لهم في عين الوقف وانما حقهم في المنافع والغلة
والنقض جزء من عين الموقوف والموقوف لله تعالى فلا يجوز للحاكم ان يدفع النقض
حتى يبرهم والنقض نقض البنيان اسم للبناء المنقوض كذا في ديوان الادب
... قوله من يستحق الوقف يلفظ الجمع
وفي بعض النسخ ... قوله فان كان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه
او جعل الولاية اليه جاز عند ابي حنيفة رحمه الله تعالى هذا لفظ القدوري رحمه
الله تعالى في مختصره وهنا فصلان احدهما شرط الغلة لنفسه والثاني شرط الولاية
له اما الفصل الاول ... قال في الاجناس قال في كتاب ... ابان
اذا وقف على نفسه لا يجوز في قول محمد بن الحسن وقال ابو يوسف يجوز ونقل في
الاجناس ايضا من ... قال ابن يحيى الجبهي لو قال ارضي صدقة موقوفة
على نفسي كان الوقف باطلا وكذلك لو قال صدقة موقوفة علي الى ان اعتقها ...
لا يجوز الوقف وكذا لو قال صدقة موقوفة علي وعلى ولدي ونسلهم ونسلي
وعقبي الوقف باطل وقال الولوالجي في فتاواه ومشايخ بلخ اخذوا بقول
ابي يوسف والصدر الشهيد كان يفتي به ايضا ترغيبا للناس في الوقف فكان
... ولا يجوز الوقف على نفسه ان لا يجد ... ثم قال فيه
وفيه وجه انه يجوز وجعل الوقف فيه وفيه وجه انه يجوز وجعله القول هنا
ما قال شيخ الاسلام في مبسوطه ومن شرائط صحة الوقف عند محمد وهلال الراي
ان لا يشترط الواقف لنفسه شيئا ومتى شرط لنفسه شيئا يبطل الوقف عند محمد وهلال
الراي وقال ابو يوسف لا يبطل الوقف متى شرط لنفسه شيئا فاما اذا شرط الكل
لنفسه ما دام حيا ثم على الفقراء فانه يجب ان يكون على هذا الخلاف هكذا ذكر الفقيه
ابو جعفر الهندواني وكذلك على هذا الخلاف اذا شرط الكل او شيئا منه
لمدبريه او امهات اولاده فالمسئلة على هذا الاختلاف هكذا اورده شيخ الاسلام
وقال صاحب الهداية قيل ان الاختلاف بينهما اي بين ابي يوسف ومحمد
بناء على الاختلاف في اشتراط القبض والافراز يعني ان عند ابي يوسف
لا يشترط ذلك فكذا هذا وعند محمد ... ابو يوسف صح شرط الغلة لنفسه لانه
لا يشترط القبض والافراز ونقل بناء الاختلاف هنا ... وجه قول
محمد القياس على الصدقة المنفذة وبيانه انه لو جعل شيئا منها او الكل لنفسه
لا يجوز لعدم القابلية لانه يكون تمليكا ملكه من نفسه فكذا ان الصدقة في الوقف
الا ... انه لو جعل ارضه مسجدا او جعل شيئا من الحجر لنفسه لم يصح فكذا
هنا فكذا اذا شرط لامهات اولاده او مدبريه لانهم يملكونه شرطه لهم كشرطه

لنفسه لم يصح فكذا هنا وكذا ان اشترط لامهات اولاده او مدبريه لانهم مماليكه
وشرطه لهم كشرطه لنفسه ووجه قول ابي يوسف ما روى ربعي بن حراش رضي الله
عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يأكل من صدقته والمراد بالصدقة الموقوفة
ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه ثم اكل الواقف لا يخلو من احد
الامرين اما ان يكون بشرط او لا والثاني لا يحل بالاجماع فتعين الاول
فدل على صحة الشرط وعمر رضي الله عنه قال لا جناح على من وليها ان يأكل منها
بالمعروف كذا ذكره الزيلعي قالوا ان عمر كان يلي امر صدقته حال حياته
ولما خرج الى ابنته حفصة ام المؤمنين بعد وفاته يدل قوله لا جناح الى اخره
ان ما يشترطه الواقف لنفسه صحيح الا ترى انه لو جعل ارضه خانا لنزول المارة
ان ينزل ايضا او جعل سقاية ليشرب منها الناس وشرط ان يشرب ايضا او
جعل ارضه مقبرة لدفن المسلمين وشرط ان يدفن فيها اذا مات صح الوقف
وان اشترط المنفعة لنفسه فكذا ايضا يجري فيه لحقيقته ان الملك في العين يزال
الى الله تعالى وهو لم يشترط ان يكون الملك له في العين وانما شرط من المنفعة
والحاصل ان الملك في العين يزول الى الله تعالى كان المنفعة والغلة جارية
على ملكه تعالى فاذا شرط ذلك لنفسه كان جائزا لانه لا يلزم حينئذ تمليكه
بعينه من نفسه كما في الخان والمقبرة والسقاية لا يقال القياس على الخان
ونحوه لا يصح لانه يدخل الواقف فيما وقف من الخان ونحوه بلا شرط فدخوله بالشرط
اولى وفي مسئلتنا الغلة لا يدخل الواقف فيما وقف من غير شرط فكذا مع الشرط
لانا نقول الواقف لا يدخل فيما وقف من غير شرط في الفرس والكتب عليه جميعا
الا ان في الخان ونحوه ثبت الشرط عرفا والمعروف بالعرف كالمشروط
بالشرط بخلاف تمليك الغلة فانه لا عرف فيه فاحتيج الى الشرط صريحا ليدخل
الواقف ثم اذا اشترط الواقف ان يستبدل بارض الوقف ارضا اخرى ويجعل
مكانها ام لا جديد نقل في الفتاوى الصغرى عن السير الكبير ان استبدال
الوقف باطل الا رواية عن ابي يوسف وقال في الفصل الثاني من كتاب
الوقف في خلاصة الفتاوى اذا شرط في اصل الوقف ان يستبدل به ارضا
اخرى اذا شاء ذلك فتكون وقفا مكانها فالوقف والشرط جائزان عند ابي يوسف
قال وعليه الفتوى لان هذا شرط لا يبطل الوقف لان الوقف يحتمل
الانتقال من ارض الى ارض فان ارض الوقف اذا اغتصبها غاصب واجرى عليها
الماء حتى صارت بحرا لا تصلح للزراعة يضمن قيمتها ويشتري ارضا اخرى
فتكون الثانية وقفا مكانها وكذا ارض الوقف اذا قل نزلها لآفة بحيث لا تحتمل
الزراعة ولا تفضل غلتها من مؤنتها ويكون صلاح الارض في الاستبدال
بارض اخرى وقال الناطفي في الاجناس وان شرط في وقفه ان له بالخيار في بيع
تلك الارض وان يجعل ثمنها في وقف افضل منه جاز وله بيعه ثم قال
ذكره في كتاب الوكالة املاء رواية ابي سليمان الجوزجاني ثم قال وذكر الانصاري
في وقفه الشرط ان لا يبيعها الا باذن الحاكم وينبغي للحاكم اذا رفع اليه ولا منفعة

في الوقف

في الوقف ان يأذن له في بيعها اذا رآه انظر لاهل الوقف اذا مات الواقف ٢٦٥
ولو بيعها لا يجوز لمن وليها بعده بيعها ولو اشترط ان يبيعها ويجعل ثمنها للمساكين
لم يجز هذا الشرط قال هذا القول في وقف الانصاري ثم قال ويجوز عند هلال
يعني اذا باعها واشترى بثمنها ارضا كانت وقفا وليس له بيع الارض الثانية الا ان يشترط
ذلك في اصل الوقف وقال في الفصل الرابع من كتاب الوقف في خلاصة الفتاوى
ذكر الامام السرخسي في السير الكبير مسئلة ثم قال وهذا ينافي ظاهرا مع جواز استبدال
الوقف وقال في مسئلة كان الشيخ الامام ظهير الدين يفتي بجواز الاستبدال
ثم رجع عنه وقال الاسروشني في فصوله وذكر في المنتقى عن محمد رحمه الله تعالى
اذا صار الوقف لا ينتفع به المساكين فللقاضي ان يبيع ويشتري بثمنه غيره
وليس له ذلك الا للقاضي ولو شرط الخيار لنفسه ففيه اختلاف قال في المبسوط
ولو شرط الخيار لنفسه في الوقف ثلاثة ايام فعلى قول ابي يوسف الوقف
والشرط جائز كما هو مذهبه في التوسع في الوقف وفي كتاب هلال ابن يحيى الوقف باطل
وهو قول محمد قال ابو يوسف ابن خالد السمتي لا يجوز الوقف والشرط باطل
وقال في الاجناس وان جعل لنفسه الخيار في ابطال اصل الوقف قال ابو
يوسف في نوادره رواية ابن سماعة الوقف جائز والشرط باطل لان الوقف
ازالة الملك لا الى مالك كالاعتاق فلو شرط الخيار فيه يبطل الشرط ويبقى العتق صحيحا
فكذا في الوقف ولان الواقف لو شرط غلة الوقف لنفسه ما دام حيا جاز الوقف
والشرط جميعا عند ابي يوسف فكذا اذا شرط الخيار لنفسه مدة معلومة
وعند محمد لا يجوز شرط الغلة لنفسه لانعدام معنى التسليم فهو شرط عنده
وهذا بمعنى قوله وهذا بناء على ما ذكرنا وقال الفقيه ابو الليث في النوازل
قد ذكر هلال ابن يحيى هذه المسئلة وقال اذا وقف على انه بالخيار فالوقف
باطل سواء بين للخيار وقتا ام لم يبين وروي عن ابي يوسف انه قال ان بين
للخيار وقتا جاز الوقف والشرط وان لم يوقت وقتا فالوقف والشرط
باطلان كما قال في البيع اذا باع شيئا على انه بالخيار زمانا بين وقت الخيار
جاز البيع والخيار وان لم يبين لم يجز وقد ذكر محمد بن الحسن ان الوقف باطل
انتهى لفظ النوازل واما الفصل الثاني وهو شرط الولاية لنفسه فقد نص
القدوري في مختصره على جوازه عند ابي يوسف قال صاحب الهداية وهو
قول هلال ايضا وهو ظاهر المذهب ونقل الناطفي في الاجناس عن وقف
هلال اذا جعل ارضه صدقة موقوفة لله ابدا ولم يشترط الولاية لنفسه
ولا لغيره فالولاية للواقف اشترط ذلك او لم يشترط ثم قال الناطفي قال
محمد في السير الكبير لا ولاية له الا ان يشترطها لنفسه الى هنا كلام الناطفي
وجه قول محمد ان التسليم الى القيم شرط لصحة الوقف بعد التسليم اليه
لا يبقى له ولاية الا بالشرط السابق ووجه قول ابي يوسف ان الولاية للقيم في
الوقف تثبت بشرط الواقف فمحال ان لا يثبت للواقف الولاية وولاية
غيره مستفادة منه ونقل في الاجناس عن وقف هلال البصري فان شرط الواقف

الولاية لنفسه في الوقف وان ليس للسلطان ولا القاضي ان يدخل عليه في ذلك
غيره والواقف غير مأمون فالشرط باطل فينتزع منه القاضي ويوليها غيره
الى هنا لفظه وذكر هذا الى هذا الشرط مع ان الوقف لا يوجد على الوقف خلاف
الشرع فلم يلتفت اليه قوله وهو قول هلال الرأي هو هلال ابن يحيى البصري
يروي عن اصحاب يوسف ابن خالد السمتي البصري ويوسف هذا من اصحاب
ابي حنيفة المشهورين عند حفظه لكل بقيته واضيف هلال الى الرأي لكونه من
اصحاب الرأي والنظر قال صاحب المغرب والرأي تصحيف وقيل لان هذا
اخذ العلم عن ابي يوسف وزفر ايضا والانصاري الذي مر ذكره انفا هو محمد بن عبد
الله البصري من اصحاب زفر لما طرق في الاجناس **قوله** لان اشتراطه
لهم في حياته اي للمدبرين وامهات الاولاد وذكر الضمير بالتذكير تغليبا للذكور
على الاناث وانما كان اشتراطه لهم كاشتراطه لنفسه لان الملك ثبت لهم ما دام
حيا اذا لم يوجد الاعتاق انتهى **قوله** ويشترط بعض مشايخ بلخ
... في الصدقة ... لان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه
القربة على ما بينا اشارة الى ما ذكر عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة
ومحمد حتى يجعل اخره لجهة لا تنقطع ابدا عند قوله لهما ان موجب الوقف زوال
الملك بدون التمليك والخروج ولابي يوسف ان المقصود هو التقرب فعلم من
هذا المجموع ان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة **قوله** ولو
شرط الواقف الى اخره مر بيانه **قوله** قال مشايخنا الاشبه ان لا يكون هذا
قول محمد اي الشرط الذي ذكره هلال في وقفه وهو ان يكون الولاية
للواقف اذا اشترطها الخلاف فان ثلث مذهب محمد ان التسليم الى المتولي شرط
وشرط الولاية لنفسه تنافي التسليم فما وجهه قلت لا نسلم المنافاة ولان
شرط الولاية سابق والتسليم لاحق فبعد ذلك هل يكون له الولاية ام لا فالى
اذا وجد الشرط اولا كان له الولاية والا فلا **قوله** ولو ان الواقف شرط
الولاية لنفسه وكان الواقف غير مأمون مر بيانه انفا **فصل**
قوله واذا بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن
للناس بالصلاة فيه فاذا صلى فيه واحد زال عن ملكه عند ابي حنيفة
رضي الله عنه هذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الطحاوي
ولو جعل داره مسجدا جاز بالاجماع ولا يجوز مشاعا وانما يجوز بالتسليم
والتسليم ان يصلي جماعة باذنه بالاذان والاقامة وهذا عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف اذا قال جعلت داري مسجدا يكفي ويزول ملكه وذلك
بالاقرار لان المسجد المشروع لا يكون خالصا لله تعالى واشتراط الصلاة
لان التسليم شرط عندهما خلافا لابي يوسف لكن تسليم المسجد بالصلاة
فيه كالخان تسليمه بالنزول والمقبرة تسليمها بالدفن والسقاية
تسليمها بالشرب فيعتبر التسليم والقبض في كل شيء على ما يليق به وابو يوسف
لا يشترط التسليم لانه اسقاط الملك كالاعتاق فيتم بالقبض اعلم ان التسليم

الى

الى المتولي شرط لصحة الوقف ولزومه عند محمد رحمه الله تعالى فيعتبر التسليم اليه
قبضا في الاوقاف كلها لان المتولي نائب عن الموقوف عليهم في القبض كما
هو نائب عن الواقف في صرف الغلة كالعدل نائب عن المرتهن في القبض
وعن الراهن في الحفظ فاذا كان المتولي نائبا عن الموقوف عليهم صار قبضه
كقبضهم فان لم يوجد قبض المتولي ولكن وجد قبض الموقوف عليهم كان كافيا
لان قبض النائب اذا كان كافيا كان قبض المنوب اولى ان يكون كافيا وهذا
كما في الخان للمارة اذا نزل فيه واحد او اثنان وكما في المقبرة اذا دفن فيها
واحد او اثنان وكما في السقاية اذا شرب منها واحد او اثنان كان كافيا نزول
الواحد او الاثنان كان لان القبض من جميع الاجناس متعذر فيتناوله الخان
ودفن المقبرة وشرب السقاية الغني والفقير سواء العرف لان من اختص
الشيء لا يختص بها الفقير خاصة فيحمل للمستغنين والعرف بالعرف كالشرط
بالشرط بخلاف ما اذا تصدق ارضه ليصرف غلته الى الحاج والغزاة حيث يراد
منه الفقير للعرف الا اذا نص على الغني هذا في سائر الاوقاف اما في المسجد
فصلاة الجماعة فيه قبض باتفاق الروايات عن ابي حنيفة ومحمد رضي الله عنهما
لانه بنا المسجد للصلاة بالجماعة فاذا وجد ذلك منه وجد قبض من جعل المسجد
له فتم اما اذا صلى فيه واحد وحده وحدانا فهل يكون قبضا ام لا فقال
شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه عن ابي حنيفة روايتان في رواية
يكون قبضا وفي رواية لا يكون قبضا وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير
فان صلى فيه واحد من المسلمين مع التسليم عند محمد ايضا وقال في الذخيرة
وعن محمد انه يشترط الصلاة بالجماعة يحصل عن محمد حينئذ روايتان ايضا
وجه رواية التسليم الاعتبار بالمقبرة والخان فيهما الواحد والجماعة سواء
لكن اهنا وجه رواية انه لا يكون قبضا ان المسجد بني لصلاة الجماعة لان
الصلاة وحدانا تقام في غير المسجد الذي يختص بالمسجد الصلاة بالجماعة فلما
لم يوجد ذلك لا يعتبر قبضا هذا اذا صلى فيه اما اذا لم يصل فيه لكنه دفع الى
المتولي فهل يكون ذلك قبضا على قول محمد اختلف المشايخ ذكر شيخ الاسلام
قيل انه ليس بقبض لان المسجد لا يكون له متولي كما يكون لسائر الاوقاف
فلا يكون الدفع الى المتولي قبضا وقيل بان الدفع اليه قبض لان المسجد يكون
له خادم يكنس ويؤذن ويغلق الباب والتسليم اليه قبض كما في سائر الاوقاف
واختلف المشايخ فيما اذا جعل ارضه مقبرة ودفعها الى المتولي ولم
يذكره محمد في المبسوط فقال بعضهم انه قبض كما في الخان والسقاية وقال
بعضهم ليس بقبض لان المقبرة لا يكون لها متولي بما ذكر محمد في المقبرة انه اذا
دفن فيها واحد او اثنان فانه يصير قبضا **قوله** وصار كالاعتاق وقد بيناه
من قبل اشارة الى ما قال عند قوله ولا يتم الوقف عند ابي حنيفة ومحمد بقوله

ويجد سوله لما ان موجب الوقف زوال الملك عن التمليك وانه يتابد كالعتق
قوله ومن جعل مسجدا تحته سرداب او فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق
وعزله فله ان يبيعه فان مات يورث عنه وهذا ظاهر الرواية وهو من
خواص الجامع الصغير روي عن ابي حنيفة قال الفقيه ابو الليث في كتاب
الصلاة في شرحه للجامع الصغير روي عن ابي يوسف انه قال يجوز في مصر
ونصير مسجدا ابني في الوجهين فيما اذا كان تحته سرداب او فوقه بيت ثم قال
وروي هشام عن محمد انه قال ان كان الاسفل مسجدا والاعلى بيتا يجوز
وان كان الاعلى مسجدا والاسفل بيتا لا يجوز قال الصدر الشهيد وعن ابي
يوسف انه اجاز ان يكون الاسفل مسجدا والاعلى ملكا لان الاسفل اصل ولم
يجز عكس هذا وقال شمس الائمة في شرحه للجامع الصغير وعن محمد انه حين
دخل الري اجاز ذلك كله للضرورة بضيق المكان وجه الظاهر ان
المسجد خالص لله تعالى بدليل اضافته اليه في قوله تعالى وان المساجد لله
فاذا كان تحته سرداب او فوقه بيت لا يكون خالصا لله تعالى فلا يتم على
ذلك الوجه فكان لكل احد مسجدا بيعه واذا مات يورث عنه يؤيده ما روى
ابو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال قال الله تعالى انا اغنى
الشركاء عن الشرك من عمل عملا اشرك فيه غيري فانا منه بريء ولان اتخاذ
المسجد عرف بالشريعة وفي الشريعة لم يكن المسجد الا وفوقه وتحته لله تعالى
الا ترى الى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي بناه بالمدينة والى المسجد
الحرام الذي بناه ابراهيم صلوات الله عليه بمكة والى مسجد بيت المقدس الذي
بناه داود النبي صلى الله عليه وسلم بالرخام والمرمر وجعل عليه قبة من
ياقوت احمر وجعل فوق ذلك جواهر ابيض وراح تخرز تضيء بها النسا
في ظلمة الليالي فكل مسجد يكون كذلك بان لا يكون خالصا لله لم يجز واورد
الفقيه ابو الليث في هذا المقام سؤالا وجوابا فقال فان قيل
اليس مسجد بيت المقدس تحته مجتمع الماء والناس ينتفعون به قيل اذا
كان تحته شيء ينتفع به عامة المسلمين يجوز لانه اذا انتفع به عامة
المسلمين صار ذلك لله تعالى ايضا فاما الذي اتخذ بيتا لنفسه لم يكن خالصا
لله تعالى ثم قال فان قيل اذا جعل تحته حانوتا يجعله وقفا على المسجد
قيل لا يستحب ذلك ولكنه لو جعل في الابتداء هكذا صار مسجدا واما
تحته صار وقفا عليه ويجوز المسجد والوقف الذي تحته ولو انه بني المسجد
اولا ثم اراد ان يجعل تحته حانوتا فهو مردود باطل ليس له ان يرد
الى حالة الاولى الى هنا لفظ الفقيه والسرداب بكسر السين كذا في ديوان
الادب وهو بيت تحت الارض للتبريد معرب قوله [illegible] اي الغزو
قوله ولكل انسان اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول فيه وهل

من

من الصورة قوله وكذلك اذا اتخذ وسط داره مسجدا واذن للناس بالدخول
فيه وهذه من مسائل الجامع الصغير عطف على قوله ومن جعل مسجدا تحته سرداب
فله ان يبيعه اي كذلك له ان يبيعه في هذه الصورة واذا مات يورث عنه
وذلك لان المسجد ما يكون خالصا لله تعالى وفي هذه الصورة لم يخلص له لانه لم يفرزه
الا ترى انه ابقى طريق المسجد لنفسه كما كان قال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير ولو انه عزله عن داره وجعل له طريقا الى الطريق
صار مسجدا فلا يجوز بيعه ولا يصير ميراثا لانه قد خرج عن ملكه بعين جهاته
لا يباع ولا يورث فاما لو لم يجعل له طريقا وهو مذكور في المتن قوله ومن
اتخذ ارضه مسجدا لم يكن له ان [illegible] فيه ولا يبيعه ولا يورث عنه وهذه يرجع
من مسائل الجامع الصغير وذلك لانه لما صار خالصا لله تعالى لم يجز بيعه
ولا وراثته لكن هذا اذا اسلم الى متوليه او صلى فيه جماعة واما اذا لم يصل فيه
جماعة ولم يوجد التسليم لا يصح الوقف لان التسليم او الصلاة بجماعة شرط
عند ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد مر اختلاف الرواية [illegible]
قوله ولو خرب ما حول المسجد واستغني عنه يبقى مسجدا عند ابي
يوسف ذكر هذه المسألة تفريعا لمسألة الجامع الصغير قال ابو العباس
الناطفي في الاجناس قال محمد في نوادر هشام اذا خرب المسجد حتى لا يصلى
فيه فالذي بناه ان شاء اتخذه داره وان شاء باعه وكذلك الفرس
اذا جعله حبيسا في سبيل الله فصار لا يستطاع ان يركب فانه يباع
ويصرف ثمنها الى صاحبها او ورثته فان لم يعرف المسجد بانيه خرب وبني
اهل المسجد مسجدا اخر ثم اجمعوا على بيعه واستعانوا بثمنه في ثمن المسجد
الاخر فلا باس بذلك ثم نقل الناطفي من كتاب الصلاة املاء محمد وان
اهله وعطلت الصلوات فيه لم يكن لاحد ان يهدمه ولا يبيعه ثم لا
ولا يبيعه ذلك قال الناطفي هذا عندي قول ابي يوسف ثم قال
الناطفي وقال في السير الكبير ان خربت القرية التي فيها المسجد وحلت من اهلها
وخرب المسجد لا يحل فيه احد للناس ان ياخذه صاحبه ويبيعه لمن
جعله مزرعة وياخذ ثمنه فياكله او يجعله مزرعة الى هنا لفظ رواية
الاجناس وجه قول محمد انه لم يخرج عن ملك الجهة من الانتفاع فاذا بطل
الانتفاع بتلك الجهة عاد الى ملكه كالكفن اذا اكل السبع الميت وكذلك
الاحجار اذا زالت الاحجار وكذلك نقض المسجد وحصيره وحشيشه
اذا خرب المسجد وجه قول ابي يوسف ان الجهة ما بطلت لان المسجد
ليس لاهل المحلة خاصة بل للعامة فاذا كان كذلك يمكن ان يجاوره
فيه المارة ويصلي فيه مادة الطريق وان لم يوجد الساكنون حول
المسجد يوضحه ان الكعبة كانت عليها اصنام زمان الفترة وكانت
تعطلت عن الطاعات فلم يخرج بذلك عن ان تكون موضع الطاعة
فكذا سائر المساجد اما الكفن فانه تبرع من الاجنبي لحاجة الميت

فاذا ارتفع الاستغنا عنه عاد الى ملك المتبرع ولم يصر موقوفا الى الملك كالعاريه
حال الحيوة عادت الى المعير بعد ما استغنا المستعير اما المسجد فلم يخص والحصير
والبواري فقال صاحب في خلاصة الفتاوى وغيرها والاصح من مذهب
ابي يوسف انها لا تعود الى الملك بل تحمل الى مسجد اخر او تبيعها
قيم المسجد لاجل المسجد ونقل عن السلف انا نقل ان القائمة المسجد الخلاله في
المسجد ليست بشرط لصيرورته مسجدا عند ابي يوسف في الابتدا فلا يكون
شرطا للبقائية وعند محمد شرط في الابتدا **قوله** قال ومن بنى سقاية
للمسلمين او خانا يسكنه بنوا السبيل او رباطا او جعل ارضه مقبرة او لم
يزل ملكه عن ذلك حتى يحكم به الحاكم عند ابي حنيفة رضي الله عنه وهذه
من مسائل مختصر القدوري اعلم ان في اتخاذ الخان او السقاية او الرباط
او المقبرة حكم الحاكم شرط لزوال الملك عند ابي حنيفة رضي الله عنه
وفي المسجد ليس بشرط بل الشرط فيه ان يفرزه ويصلي فيه الجماعة وفي صلاة
الواحد اختلاف الروايات فيه اصحابنا والتوفيق ان حق الواقف لم ينقطع
في الاشيا المذكورة الا ترى ان له النزول في الخان والرباط والشرب
من السقاية والدفن في المقبرة فاذا كان كذلك احتيج الى حكم الحاكم
او الاضافة الى ما بعد الموت كما في سائر الاوقاف واما المسجد فقد انقطع
حقه عنه بمجرد الافراز وصلاة الناس فيه لانه صار خالصا لله تعالى
فلم يحتج الى الحكم وعند ابي يوسف يزول ملكه بمجرد القول كما هو مذهبه
في سائر الاوقاف لانه لا يشترط التسليم وعند محمد لا بد من التسليم
لكن في كل باب يعتبر ما يليق به ففي الخان يحصل التسليم بالسكنى
وفي الرباط بالنزول وفي السقاية بشرب الناس وفي المقبرة بدفنهم
ويكتفي بواحد في هذه الاشيا من واحد لتعذر اجتماع الناس ولو
سلمها الى المتولي صح وان سلم المسجد او المقبرة الى المتولي فهل يكون
ذلك تسليما ام لا ففيه اختلاف المشايخ والاصح ذلك ويدل
لتعذر **قوله** وذلك بما ذكرنا اي التسليم يحصل بالاستقا والسكنى
والنزول والدفن في السقاية والخان والرباط والمقبرة **قوله** ولو جعل
دارا له بمكة سكنى لحاج بيت الله والمعتمرين او جعل دارا في غير مكة للمساكين
او جعلها في ثغر من الثغور سكنى للغزاة او للمرابطين او جعل غلة ارضه
للغزاة في سبيل الله تعالى ودفع الى ذلك وال يقوم عليه فهو جائز ولا رجوع
فيها لما بيناه وهذه اشارة الى قوله وهذه الاشيا كلها لله تعالى
فاذا اسقط العبد ما ثبت له من الحق رجع الى اصله فانقطع تصرفه
عنه كما في الاعتاق وقد ذكرنا حسا الهداية من المسائل تفريعا
لما ذكره في مسئلة القدوري تفريع في بين جعل غلة الارض للغزاة فيجب
يكون مكتب الادعى الشراتهم ولا يكون للاغنيا الا ما مخصص

دبي

وبين جعل الدار سكنى للغزاة او الحاج ويعود ذلك من الخان والرباط
والمقبرة والسقاية حتى يستوي الغني والفقير في ذلك لان العرف كذلك
ولان الحاجة ماسة في هذه الاشيا لكل واحد فاستوى الغني والفقير والغلة
لا يحتاج اليها الغني فاختصت بالفقير والحاج اسم جمع بمعنى الحجاج كالسامر
في قوله تعالى سامرا تهجرون والثغر بين العدو والمسلمين كذا في الجمهرة
والمرابطة والمرابطه ورابطا اذا اقام في الثغر والله اعلم

وهذا آخر كتاب الوقف من كتاب الهداية من شرحنا
المسمى بغاية البيان ويتلوه كتاب البيوع ان شاء الله تعالى

تجربة قلم كثير السواد
كتلب عاشق لواه البجام